

Rivista mensile - Anno XIV, Numero 1

marzo  
**2024**

# MEDIA APPALTI

---

**Le questioni aperte con  
la digitalizzazione dei  
micro-affidamenti e degli  
affidamenti diretti**

---

**Contratti pubblici  
ed equo compenso**

---

**La revoca  
dell'aggiudicazione prima  
della stipula del contratto**



**“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

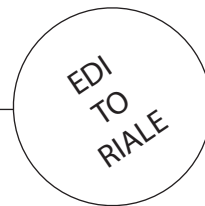




# **approfondimento aggiornamento giurisprudenza informazione consulenza normativa**

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

**marzo  
2024**



---

# Messina

---

Dopo circa 20 minuti di navigazione si giunge “dove giunge chi sogna”. Usò queste parole Giovanni Pascoli descrivendo il suo arrivo nella città in cui avrebbe insegnato Letteratura Latina. “A Messina ho passato i cinque anni migliori, più operosi, più lieti, più raccolti, più raggianti di visioni, più sonanti d’armonie della mia vita”, scrisse il poeta in una lettera indirizzata all’amico Ludovico Fulci. In quegli anni, siamo a cavallo tra la fine dell’ottocento e l’inizio del novecento, la città visse il suo massimo splendore: l’operosità delle botteghe artigiane, l’energica novità delle industrie, la vivacità del porto, assicuravano a Messina uno stato grazia che attirava importanti capitali stranieri.

Il terremoto del 1908 che sterminò metà della popolazione mietendo circa 80mila vittime, segnò l’inizio di un rapido declino al quale ha fatto seguito un lento, lentissimo processo di rinascita mai

completato. Messina non è mai definitivamente uscita fuori dal disastro che la rase al suolo. Quando gli edifici si sgretolarono, la vita proseguì nelle baracche. Solo dal 2019 è stato avviato un iter procedurale definito e, si spera, definitivo per lo sbarcamento. 1700 famiglie vivono ancora in quelle baracche.

Dopo i fasti dell’ottocento, le sofferenze dell’ultimo secolo che hanno portato questo centro così ricco e brioso sul fondo della classifica “Qualità della vita” stilato da *IlSole24Ore*. Messina non è sola. Nella graduatoria del 2023, le nove province siciliane sono racchiuse tra l’86esimo e il 106° posto.

L’opportunità di riscatto per Messina può essere il ponte che la unirebbe al continente. Lungo tutto il secolo scorso, fino ai giorni nostri, il ponte sullo stretto è stato un costante argomento di discussione, un sogno ricorrente, un assillo.



Acclamato a più riprese e altrettante volte riacclamato. Progettato e accantonato. Ripensato e congelato ancora. Dopo tanto discutere, pare che sia giunto il momento per trasformare in realtà un sogno che risale all'epoca delle guerre puniche. I cantieri saranno avviati nell'estate del 2024. Termineranno nel 2032. Non ci sono più tracce di ipotetici coniugazioni al condizionale. Si offrono date certe. Il 15 febbraio scorso il progetto è stato definitivamente approvato. "Il ponte si farà e sarà un vanto per tutta l'Italia", afferma il Ministro dei Trasporti e delle Infrastrutture Matteo Salvini. Ma alle certezze di chi vuole, fortemente vuole, il ponte, si contrappone il "partito" dei detrattori. "Il ponte è un progetto sbagliato, anacronistico, dannoso e dispendioso", afferma il coportavoce dei Verdi Angelo Bonelli in linea con la segretaria del Partito democratico Elly Shlein e con il segretario di Sinistra Italiana Nicola Fratoianni.

Ai telespettatori che osservano da casa la vicenda, comincia ad esser chiaro che la fattibilità del ponte non dipende da studi ingegneristici e architettonici, ambientali e sociologici, ma dal lato in cui si sta seduti in Parlamento. La destra vuole il ponte. La sinistra lo aborrisce. Ma un'opera pubblica non ha colori né simboli di partito. Non dovrebbe. Esiste una verità che sia universale? Che travalichi le fazioni, trascenda le opinioni e stabilisca sulla scorta di dati scientifici certi e certificabili che il ponte si può fare o non si può fare? Una gara d'appalto viene indetta per realizzare opere che vanno a colmare il vuoto generato da una determinata esigenza: la realizzazione di una strada, di una scuola, di un parco. Tutti d'accordo, abbiamo bisogno di una strada più sicura che colleghi quei due centri abitati, di una scuola in un quartiere di periferia, di un parco dove portare i bambini a

giocare. Esigenze certe sulle quali nessuno ha di che contestare. Perché un'opera come il ponte sullo stretto è invece opinabile? Ogni tentativo di fare chiarezza, al contrario, crea ancora più confusione. Tra chi lo esalta e chi lo demolisce, dov'è la verità? E i siciliani cosa ne pensano? I messinesi come la vedono? Non sarebbe un'idea delirante conoscere il loro pensiero. Non sarebbe un folle vaneggiare l'ipotesi di un referendum. I Siciliani, il ponte, lo vogliono? È il quesito che come una pietra angolare si dovrebbe porre alla base di qualsiasi decisione.

Il ponte unirà definitivamente la Sicilia al continente promettendo spostamenti più veloci. Un'opportunità di sviluppo sulla quale non ci dovrebbero essere dubbi. Dubbi che sorgono sulla fattibilità del ponte a campata unica più lungo del mondo in una zona ad alto rischio sismico e che si alimentano delle tante opere pubbliche di cui il Mezzogiorno e la Sicilia necessitano, forse, ancor prima del ponte.

Si è diffusa l'immagine che il ponte sullo stretto è un ponte inusuale. Un ponte che divide invece di unire. Probabilmente proprio questa mancanza di univocità che coinvolge anche il mondo scientifico deve essere letta come un segnale e suggerire di desistere, almeno per ora, lasciando spazio e risorse ad appalti che potrebbero risultare più urgenti e fattibili per la stessa Messina che a oltre un secolo di distanza deve ancora del tutto rimarginare le ferite inferte dal terremoto del 1908 e consegnare a centinaia di famiglie una dimora dignitosa.

**di Enzo De Gennaro**

## sommario

### Editoriale

Messina

4

### In evidenza

Le questioni aperte con la digitalizzazione dei micro-affidamenti e degli affidamenti diretti

7

### Sotto la lente

Contratti pubblici ed equo compenso

12

### Il Punto

La revoca dell'aggiudicazione prima della stipula del contratto

18

PPP: inquadramento e caratteristiche del contratto di disponibilità

26

Riepilogando  
...sugli adempimenti

33

La proroga ed il rinnovo contrattuale anche con riferimento all'assenza di iniziative attive da parte del Soggetto aggregatore. Giurisprudenza a confronto

37

### Pareri & Sentenze

44

### A Domanda Rispondiamo

51

### In pillole

54

### Osservatorio sulla Corte dei Conti

Hanno collaborato a questo numero:

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

**Direttore Responsabile**  
dott. Enzo de Gennaro

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

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

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

**Responsabile Web**  
Lorenzo Antonicelli

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

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

**Avv. Alessandro Lattanzio**  
Esperto in appalti pubblici

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



# Le questioni aperte con la digitalizzazione dei micro-affidamenti e degli affidamenti diretti

di Stefano Usai

IN  
EVIDENZA

## Premesse

Dal primo gennaio, come oramai noto, ha preso avvio il c.d. processo di digitalizzazione dell'intero ciclo degli appalti. In particolare il riferimento è alla parte II del Libro primo del codice, appunto rubricata "Della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti".

Una delle, ovvie, prime problematiche sulle nuove disposizioni ha riguardato l'applicabilità o meno delle nuove previsioni anche ai ccdd micro appalti ovvero agli appalti di importo inferiore ai 5mila euro.

La questione è stata posta considerato che la legge 296/2006 come ripetutamente modificata affranca – esenta dagli obblighi – il RUP dalla necessità beni/servizi di procedere con forme di mercato elettronico (appunto nell'ambito dei 5mila euro predetti).

In particolare, ciò che ha scatenato una serie di sollecitazioni si deve al parere del MIT n. 2196/2023, reso noto, in realtà ad inizio d'anno con cui si evidenzia che i micro acquisti non sono affatto esenti dall'obbligo della digitalizzazione ovvero che anche questi acquisti devono essere conclusi con l'utilizzo delle piattaforme digitali certificate.

Effettivamente, l'articolo 25 del codice ("Piattaforme di approvvigionamento digitale")

nell'inciso iniziale del secondo comma puntualizza che "Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti utilizzano le piattaforme di approvvigionamento digitale per svolgere le **procedure di affidamento** e di esecuzione dei contratti pubblici ...".

In ogni caso, l'ufficio di supporto ha evidenziato che dal primo gennaio "tutte le procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici" subivano le norme in tema di digitalizzazione (con conseguente obbligo di utilizzare piattaforme **certificate**) per cui non esiste alcuna deroga espressa.

L'affermazione, autorevolissima, ha però altresì evidenziato che in tanti casi le piattaforme certificate non risultavano perfettamente interoperabili con le dinamiche ANAC e le informazioni dovute alla banca dati contratti ed in particolari alcune problematiche sono sorte in relazione all'acquisizione del CIG.

“ **Dal primo gennaio, come oramai noto, ha preso avvio il c.d. processo di digitalizzazione dell'intero ciclo degli appalti. In particolare, il riferimento è alla parte II del Libro primo del codice, appunto rubricata "Della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti"** ”

### 1. L'intervento dell'ANAC del 10 gennaio

Con il comunicato del Presidente dell'ANAC si è segnalata, in relazione agli affidamenti di importo inferiore ai 5mila euro, la possibilità di utilizzare specifica interfaccia predisposta dall'autorità anticorruzione che consente l'acquisizione del CIG nel caso di malfunzionamento della piattaforma di approvvigionamento certificata in uso (presso la stazione appaltante) e di fornire le informazioni minime necessarie alla banca dati contratti.

In diverse stazioni appaltanti detta possibilità è stata (viene) considerata, erroneamente, come alternativa rispetto all'obbligo di utilizzare le piattaforme di approvvigionamento certificate anche per gli acquisti infra 5 mila con la possibilità (erroneamente ritenuta) di poter procedere con i micro acquisti fuori dai mercati elettronici (concludendo accordi tramite pec senza alcuna formalizzazione sulle piattaforme) insistendo con l'applicazione della deroga ai sensi di quanto previsto dalla legge 296/2006 modificata dal comma 130, art. 1 della legge 145/2018).

Una configurazione in termini alternativi dell'interfaccia predetta non solo non ha alcuna conferma espressa né si legge nella comunicazione del Presidente dell'ANAC del 10 gennaio ma, come si vedrà la stessa ANAC con due FAQ A7 e D4 ha prontamente smentito.

Come anticipato, che non si tratti di alternativa all'obbligo di utilizzare le piattaforme di approvvigionamento emerge dalla stessa comunicazione.

In questo senso, giù nel sito di ANAC si legge - nella sezione dedicata dalla digitalizzazione - (in relazione agli "Affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro"), che "Col Comunicato del Presidente del 10 gennaio 2024, l'Autorità, al fine di favorire le Amministrazioni nell'adeguarsi ai nuovi sistemi che prevedono l'utilizzo delle piattaforme certificate e garantire così un migliore passaggio verso l'amministrazione digitale, sentito il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, ritiene in ogni caso necessario chiarire che **allo scopo di consentire lo svolgimento delle ordinarie attività di approvvigionamento in coerenza con gli obiettivi della digitalizzazione**, l'utilizzo dell'interfaccia web messa a disposizione dalla Piattaforma contratti pubblici - PCP, sarà disponibile anche per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro fino al 30 settembre

2024. Tale strumento **rappresenta una modalità suppletiva** che può essere utilizzata in caso di impossibilità o difficoltà di ricorso alle piattaforme di approvvigionamento **certificate**, per il primo periodo di operatività della digitalizzazione".

A ben valutare già in questa comunicazione si introduce, in effetti, solo una **deroga (sospensione)** rispetto all'obbligo di utilizzo delle piattaforme di approvvigionamento certificate che, evidentemente, non è rinvenibile nelle disposizioni codicistiche.

In pratica si legittima, per i micro-acquisti, la possibilità **di non utilizzare piattaforme certificate** ma non anche **l'utilizzo di piattaforme** di approvvigionamento.

Da qui la lettura corretta delle prerogative "concesse" con l'interfaccia ovvero la possibilità per i micro acquisti di concludere gli affidamenti in semplici piattaforme di approvvigionamento anche non certificate. Ma in nessun caso l'esenzione dall'obbligo di utilizzare delle piattaforme.

**“ Ma in nessun caso l'esenzione dall'obbligo di utilizzare delle piattaforme. In questo senso, sempre l'autorità anticorruzione, ha chiarito che “A decorrere dal 1° ottobre 2024, anche per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro sarà obbligatorio il ricorso alle piattaforme certificate. decorrere dal 1° ottobre 2024, anche per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro sarà obbligatorio il ricorso alle piattaforme certificate. ”**

In questo senso, sempre l'autorità anticorruzione, ha chiarito che "A decorrere dal 1° ottobre 2024, anche per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro sarà obbligatorio il ricorso alle piattaforme certificate. Pertanto, si invitano tutti i soggetti interessati ad attuare le attività necessarie a garantire la corretta operatività dell'ecosistema di approvvigionamento digitale".



L'obbligo di utilizzo delle piattaforme certificate (ma non anche l'obbligo di utilizzare piattaforme), pertanto, viene "congelato" a condizione che si operi in ambiti limitati (infra 5mila euro) e, soprattutto, in casi di malfunzionamento della piattaforma certificata che la stazione appaltante deve utilizzare (per averla creata, acquisita etc).

In pratica il comunicato liberalizza – limitatamente ai micro acquisti –, l'utilizzo delle piattaforme a prescindere che siano certificate (come imposto dal codice).

Da notare che per effetto della certificazione in termini di piattaforma di approvvigionamento del MEPA, probabilmente, l'interfaccia non è più indispensabile.

## 2. Le FAQ ANAC

Con la FAQ A7 – successiva alla comunicazione del Presidente (e questo è relevantissimo), l'ANAC risponde al quesito se la deroga (possibilità di procedere con acquisti fuori dal mercato elettronico) sia ancora applicabile o se anche a questi, invece, si debbano applicare norme e principi della digitalizzazione.

L'ANAC risponde, "Sì, gli acquisti di importo inferiore a 5.000 euro sono assoggettati agli obblighi di digitalizzazione. Fino al 30/9/2024 per detti acquisti è possibile utilizzare l'interfaccia web messa a disposizione da PCP, come indicato con il Comunicato del Presidente del 10/1/2024. **La deroga prevista dalla legge n. 296/2006 è inapplicabile al caso di specie**, riguardando le disposizioni in materia di contenimento della spesa e non le previsioni in materia di digitalizzazione. Inoltre, si evidenzia che, ai sensi dell'articolo 48, comma 4, del codice, ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si applicano le disposizioni del codice (ivi comprese quelle sulla digitalizzazione) se non derogate dalla Parte I del codice medesimo. Detta parte non prevede alcuna deroga all'applicazione della normativa sulla digitalizzazione per le procedure sottosoglia, neanche con riferimento agli affidamenti di importo ridotto".

Domanda simile viene riproposta ed anche a questa, con la FAQ D4 l'autorità anticorruzione ribadisce che "la norma richiamata (NDA la disposizione di cui al comma 450 della legge 296/2006 come modificata dalla legge 145/2018

che, come detto esenta(va) fino agli importi dei 5mila euro dall'obbligo di procedere con l'acquisto sul mercato elettronico), è precedente alle disposizioni contenute nel nuovo Codice, non esenta le stazioni appaltanti dall'utilizzo delle piattaforme digitali. Per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro si applicano, dunque, le indicazioni contenute nel Comunicato del Presidente dell'ANAC del 10/01/2024 che prevede, fino al 30/09/2024, la possibilità di acquisire il CIG utilizzando l'interfaccia web messa a disposizione dalla PCP, oltre alle piattaforme digitali".

Si conferma, pertanto, che con l'interfaccia non si esenta dall'obbligo, si ripete, di utilizzare per i micro acquisti almeno le piattaforme di approvvigionamento anche non certificate almeno fino al 30 settembre 2024.

E' bene annotare che, come evidenziato, in nessun caso l'autorità può innestare deroghe agli obblighi di utilizzare piattaforme di approvvigionamento visto non ha alcun potere legislativo. Deve essere il legislatore – scelta per il momento non espressa – l'eventuale modifica o sospensione delle disposizioni.

“**La deroga prevista dalla legge n. 296/2006 è inapplicabile al caso di specie.**”

## 3. Rapporti tra la digitalizzazione e l'affidamento diretto

Altre criticità rilevate hanno riguardato l'affidamento diretto e l'obbligo della digitalizzazione. Secondo alcuni, stante anche la configurazione semplice dell'affidamento diretto come mero procedimento amministrativo e non come autentica procedura di aggiudicazione, l'obbligo della digitalizzazione sarebbe eccessiva.

Anche in questo caso, però, non si può non constatare che l'obbligo che emerge dall'articolo 48, circa l'applicazione della parte II del libro I è generalizzata e non contiene alcuna esenzione. E soprattutto, la norma non distingue la modalità di affidamento parlando semplicemente di contratti e di esecuzione.

Difficile che si possa ritenere escluso l'affidamento diretto dalla digitalizzazione anche considerando le attuali somme per cui è consentito (infra 140 mila euro per beni/servizi e infra 150 mila euro per lavori).

Altra particolarità della nuova dinamica – nell'affidamento diretto digitalizzato completato nelle piattaforme di approvigionamento digitale –, è l'acquisizione del CIG post aggiudicazione. Questo aspetto è stato immediatamente segnalato anche dall'ANCI chiedendo, condivisibilmente una modifica.

Formalizzare una aggiudicazione "informatica" sulla piattaforma – per importi almeno pari o superiori ai 40 mila euro per cui non è possibile neppure una autodichiarazione – senza la previa verifica dei requisiti, evidentemente, non è possibile e d'altra parte per accedere al fascicolo virtuale dell'operatore economico occorre il CIG. Si assiste pertanto, ad una sorta di realtà virtuale con una aggiudicazione sulla piattaforma che verrà seguita dall'atto amministrativo vero e proprio (determina di aggiudicazione).

Questo perché le nuove disposizioni, come del resto il codice del 2016, ed in particolare l'articolo 17 impone l'adozione dell'aggiudicazione solo dopo aver verificato positivamente i requisiti.

Da notare che l'aggiudicazione sulla piattaforma non (procedura da alcun atto) incide anche sulla tradizionale configurazione della procedura e, in particolare, con l'adozione della decisione a contrarre che contiene la prenotazione di impegno di spesa.

Tradizionalmente per poter fare la prenotazione di impegno risultava necessario il CIG. Con la dinamica della digitalizzazione questo si acquisisce solo post aggiudicazione.

Da ciò giocoforza si assiste, come evidenziato da certa dottrina, ad una sorta di "dequotazione del diritto amministrativo", una sorta di retrocessione dell'atto.

E' altresì vero, però, che questa particolare dinamica sembra sposare la previsione contenuta nell'articolo 17 in tema (secondo comma) di affidamento diretto con l'atto unico che sembra quasi imposto dalla norma (non invece meramente facoltativo come previsto nell'articolo 32 del codice del 2016 e dall'articolo 1, comma 3, del DL 76/2020 – quest'ultimo ancora applicabile ai contratti finanziati anche in parte dal PNRR/PNC giusta previsione contenuta nell'articolo 8 come

5 del DL 215/2023 come convertito con legge 18/2024 c.d. milleproroghe -).

L'articolo 17, comma 2 richiamato – del nuovo codice – nel prevedere l'atto unico lo colloca, come già il pregresso codice, a valle del procedimento amministrativo di affidamento e non a monte (come imposto dalla contabilità armonizzata che impone la previa copertura dell'intervento). Ecco, quindi, che la dinamica digitale sembra sposare perfettamente questo aspetto amministrativo, In realtà, però, la questione è diversa o, meglio, l'ipotesi appena evidenziata può riguardare i soli affidamenti diretti per importi inferiori ai 40 mila euro. Nel caso di specie, infatti l'articolo 52 consente la stipula e l'esecuzione del contratto sulla base di una mera autodichiarazione sui requisiti (da controllare a campione).

Un particolare problema si pone per i contratti – affidati direttamente –, per importi pari o superiori ai 40 mila euro per cui l'autodichiarazione non è consentita o, meglio, non consente la stipula del contratto e prima ancora non consente l'aggiudicazione visto che questa deve avvenire solo dopo la verifica dei requisiti.

Verifica dei requisiti che, attraverso il fascicolo virtuale, può avvenire solo con il CIG. CIG che il sistema rilascia solo dopo aver individuato l'aggiudicatario (che in realtà non può essere tale se non dopo aver riscontrato i requisiti).

In questo caso si assiste alla doppia realtà, una virtuale della piattaforma una, quella del diritto amministrativo, che interviene solo dopo la verifica (si intende la decisione di aggiudicazione). Questo almeno negli affidamenti diretti.

**“ L'articolo 17, comma 2 richiamato – del nuovo codice – nel prevedere l'atto unico lo colloca, come già il pregresso codice, a valle del procedimento amministrativo di affidamento e non a monte (come imposto dalla contabilità armonizzata che impone la previa copertura dell'intervento). ”**



# 01-01-2024

**Il ciclo di vita degli appalti pubblici ora è tutto digitale. Mediaconsult è al tuo fianco per affrontare il cambiamento**

## **Il ciclo di vita dei contratti: cosa è cambiato?**

La digitalizzazione si applica a tutti i contratti di appalto o concessione, di qualunque importanza, nei settori ordinari e nei settori speciali. Incontra il **Cons. Gianluca Rovelli**, tra i più importanti e **autorevoli esperti del diritto amministrativo in Italia**.

- Incontro in Webinar, con il Cons. Rovelli - **19 Marzo**, oppure **17 Aprile**

## **Le novità nell'utilizzo del MePA**

Tutte le nuove funzionalità e una guida pratica per gestire sul MePA affidamenti diretti, procedure negoziate e gare sopra soglia. **Un percorso completo in 3 webinar, con simulazioni e casi pratici**, con il relatore Ing. Francesco Porzio, tra i massimi esperti di e-procurement.

- La gestione degli affidamenti diretti tramite il MePA Consip - **25 Marzo**
- La gestione delle Procedure Negoziato attraverso il MePA Consip - **15 Aprile**
- La gestione delle procedure sopra soglia tramite gli strumenti Consip - **6 Maggio**

## **Gli adempimenti pre e post-aggiudicazione**

**Due webinar di formazione pratica ed operativa** per acquisire competenze relative agli adempimenti connessi alle gare pubbliche, con l'Avv. Massimo Rizzi, esperti formatore in materia di appalti pubblici.

- L'attività di verifica dei requisiti: le modalità operative, il FVOE e gli aspetti più controversi - **22 Marzo**
- Corso pratico sul monitoraggio delle opere pubbliche (BDAP) - **26 Marzo**



☎ 0883.310504

☎ 351.7044035

✉ info@mediaconsult.it

🌐 mediaconsult.it



Certificazioni:  
ISO 9001:2015  
ISO/IEC 27001:2017

# Contratti pubblici ed equo compenso

di Stefano de Marinis

SOTTO  
LA  
LENTE

## Premessa

Tra le questioni più dibattute a margine dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, vi è senz'altro quella riguardante il rapporto con la disciplina dell'equo compenso come da ultimo definita dalla legge 21 aprile 2023, numero 49. Detta disposizione, composta da 13 articoli, fissa il principio dell'inderogabilità dei minimi tariffari riguardanti la remunerazione di attività professionali rese nei confronti di alcuni soggetti ritenuti dalla legge "forti", quali banche, assicurazioni ecc., tra i quali viene espressamente ricompresa la Pubblica amministrazione, ciò che crea rilevanti problemi specie (ma non solo) per quel che riguarda gli incarichi di natura tecnica, quali progettazioni, direzioni dei lavori/dell'esecuzione, collaudi ecc.

Allo stesso modo il tema si estende agli incarichi di supporto alle attività di RUP, sia che si tratti di supporto tecnico che giuridico legale.

“ **Nuovo codice dei contratti e legge sull'equo compenso: sono compatibili?** ”

La questione si pone sotto il profilo della compatibilità del divieto di ribassare i corrispettivi posti a base degli affidamenti riguardanti le predette attività, definiti utilizzando le tariffe professionali, con le ordinarie regole che presidiano l'affidamento di contratti pubblici, le quali, viceversa, implicano un confronto concorrenziale basato anche sul prezzo.

## 1. La disciplina precedente

Con riferimento agli incarichi tecnici, di *progettazione e connessi* potremmo dire riferendoci alla terminologia del vecchio codice dei contratti pubblici, il tema vanta precedenti risalenti nel tempo.

“ **Nel passato: Tariffa scontata del 20% massimo per incarichi tecnici dello Stato e degli enti pubblici** ”

Fino al 2006, anno in cui venne adottata la legge n.248, di conversione con modifiche del decreto 4 luglio 2006, n.223<sup>1</sup>, il trattamento delle prestazioni tecniche era, infatti, disciplinato da apposita normativa speciale, l'articolo 4, comma 12 bis, della legge 26 aprile 1989, n.155<sup>2</sup>, di conversione con modifiche del decreto legge 2 marzo 1989, n.65, dove si prevedeva che, *per le prestazioni rese dai professionisti allo Stato e agli altri enti pubblici relativamente alla realizzazione di opere pubbliche o comunque di interesse pubblico, il cui onere è in tutto o in parte a carico dello Stato e degli altri enti pubblici, la riduzione dei minimi di tariffa non può superare il 20 per cento.*

Nel quadro di un processo di liberalizzazione di matrice euro unitaria originato da alcune sentenze della Corte di Giustizia<sup>3</sup>, la regolamentazione citata veniva superata dall'art. 2, comma 1, della legge 4 agosto 2006, n.248, che disponeva **l'abrogazione delle disposizioni legislative e regolamentari che prevedono con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali la fissazione di tariffe obbligatorie fisse o minime** ovvero il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti.

“ **Decreto "Bersani" e decreto legislativo 16 aprile 2016, n. 50.** ”

Successivamente a detta abrogazione, il rilievo della tariffa professionale tornava peraltro in evidenza con il decreto legislativo 16 aprile 2016, n. 50 che, al comma 8 dell'articolo 24, disponeva che i corrispettivi da fissarsi con decreto del Ministero della Giustizia, di fatto adottato il successivo 17 giugno 2016 e tuttora in essere, *dovessero essere utilizzati dalle stazioni appaltanti quale criterio o base di riferimento ai fini dell'individuazione dell'importo da porre a base di gara dell'affidamento.*

Anche in considerazione delle letture comunitarie rese sul tema, e di alcune correzioni testuali apportate all'originaria formulazione ad opera del d.lgs. n.56 del2017 (cosiddetto correttivo) la più accreditata interpretazione di tale previsione si è rivelata essere nel senso che la norma non sanciva, per le stazioni appaltanti, l'obbligo di trasporre negli avvisi di gara i corrispettivi indicati nelle tabelle ministeriali, ma le lasciava libere di stabilire detti corrispettivi, spostando la questione sul sindacato che il giudice amministrativo era chiamato a compiere sulle ragioni a fondamento della eventuale decisione di discostarsene (così Cons. Stato 29 marzo 2019, n. 2094).

1. Intitolato Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale.  
2. Recante disposizioni in materia di finanza pubblica.  
3. Tra le altre, decisioni Corte di Giustizia 5 dicembre 2016, C-94/04 e C-202/04.



## 2. L'assetto definito dal nuovo codice

L'assetto descritto risulta peraltro attualmente mutato in forza del nuovo codice, le cui previsioni sono entrate in vigore il 1° aprile 2023, con efficacia differita al successivo 1° luglio.

In tal senso è la lettura dell'Anac che, nella relazione che accompagna la bozza di bando di tipo in materia di servizi di architettura ed ingegneria posto recentemente in consultazione pubblica<sup>4</sup>, scrive che *la formulazione dell'articolo 41, comma 15, del d.lgs. 36 rimanda all'allegato I.13 al fine di stabilire le modalità di determinazione dei corrispettivi per le fasi progettuali da porre a base degli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura, mediante attualizzazione del quadro tariffario di cui alla tabella Z-2 del decreto del Ministro della giustizia 17 giugno 2016. La norma - continua l'Autorità - stabilisce che detti corrispettivi sono utilizzati dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti ai fini dell'individuazione dell'importo da porre a base di gara dell'affidamento. Tale formulazione differisce da quella utilizzata in vigore del decreto legislativo 50/2016, laddove l'articolo 24, comma 8, prevedeva che i corrispettivi così individuati fossero considerati come «criterio o base di riferimento».*

*Da tale locuzione, la giurisprudenza aveva ricavato che le stazioni appaltanti dovessero utilizzare i corrispettivi previsti dalle tabelle ministeriali solo quale parametro di cui tener conto per effettuare il calcolo del compenso da porre a base di gara, considerando tale importo come soggetto a ribasso in sede di offerta. La diversa formulazione dell'articolo 41, comma 15, - conclude la relazione - induce quindi a ritenere che i compensi calcolati sulla base delle tabelle ministeriali siano da porre come importo a base di gara.*

Da notare peraltro che, a fronte di un caso di applicazione preventiva di una riduzione del 20% della tariffa, operata dalla stazione appaltante nella vigenza del vecchio codice per quotare la base d'asta di un servizio di progettazione, la delibera

20 luglio 2023, n. 343, resa dall'Autorità, aveva già sottolineato che, così facendo, sarebbe stata violata la legge sull'equo compenso che ha ritenuto congrui e non derogabili i riferimenti stabiliti dal DM 17 giugno 2016 per il calcolo dell'importo a base di gara, con conseguente superamento della giurisprudenza.

“ **Il problema: la mancanza di coordinamento tra legge sull'equo compenso e nuovo codice dei contratti** ”

Era infatti accaduto che senza alcun specifico coordinamento, successivamente all'entrata in vigore del nuovo codice (ma non alla sua efficacia) il Parlamento aveva varato la legge 49, in vigore dal 20 Maggio 2023.

Questa, all'articolo 1, espressamente prevede che per *equo compenso* si intende la corresponsione di un compenso proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale, nonché conforme ai compensi previsti per gli avvocati, dal decreto del Ministro della giustizia di cui all'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247 e per i professionisti iscritti agli ordini e collegi, dai decreti ministeriali di cui all'articolo 9 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1; al comma 3 dell'articolo 2, che le disposizioni di detta legge si applicano anche alle prestazioni rese dai professionisti in favore della pubblica amministrazione e delle società ricadenti nel testo unico sulle partecipate pubbliche; al comma 1 dell'articolo 3, che sono nulle le clausole che non prevedono un compenso equo e proporzionato all'opera prestata, tenendo conto a tale fine anche dei costi sostenuti dal prestatore d'opera, tali essendo le pattuizioni di un compenso inferiore agli importi stabiliti dai parametri per la liquidazione dei compensi dei professionisti

---

4. DOCUMENTO DI CONSULTAZIONE. Bando tipo n. 2/2023. Schema di disciplinare di gara Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi di architettura e ingegneria di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (pag.40).

iscritti agli ordini o ai collegi professionali, fissati con decreto ministeriale; al comma 4 dell'articolo 3 che la nullità delle singole clausole, rilevabile d'ufficio, non comporta la nullità del contratto, che rimane valido ed efficace per il resto, operando la nullità solo a vantaggio del professionista; al comma 5 dell'articolo 3 che la convenzione, il contratto, l'esito della gara, l'affidamento o comunque qualsiasi accordo che preveda un compenso inferiore ai valori determinati dalle tariffe possono essere impugnati dal professionista innanzi al tribunale competente per luogo di residenza o domicilio, onde far valere la nullità della pattuizione e chiedere la rideterminazione giudiziale del compenso per l'attività professionale prestata; all'articolo 12, infine, che a decorrere dal 20 maggio 2023, la lettera a) del comma 1 dell'articolo 2 del decreto 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modifiche, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, è abrogato.

Di più: la legge delega<sup>5</sup> relativa all'adozione del nuovo codice dei contratti prevedeva, tra i vari criteri, quello del *divieto di prestazione gratuita delle attività professionali, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione*.

### 3. Le diverse letture

Orbene, premesso che per espressa previsione dell'art.11, la disciplina della legge 49 non si applica alle convenzioni in corso, sottoscritte prima della data di entrata in vigore della medesima legge, in ordine al suo concreto operare si fronteggiano diverse letture.

“ **La tesi dell'inderogabilità dei minimi tariffari.** ”

La prima ritiene che seppur non coordinate nella forma (nessun rinvio all'una o all'altra si rinviene in entrambe le previsioni) né nella sostanza, la legge sull'equo compenso sia destinata a prevalere sulla disciplina della contrattualistica pubblica, in primo luogo *ratione temporis*.

Attingendo ancora alla relazione che accompagna la proposta di nuovo bando tipo per incarichi tecnici si ha modo di leggere che in forza del dato normativo, *potrebbe sostenersi che il compenso professionale individuato sulla base delle tabelle ministeriali da porre a base di gara sia in ogni caso nderogabile e, pertanto, non possa essere assoggetto al ribasso in sede di offerta. Conseguentemente le gare che hanno ad oggetto esclusivamente prestazioni professionali devono essere aggiudicate a prezzo fisso, in applicazione delle indicazioni fornite dall'articolo 108, comma 5, del codice dei contratti pubblici. La competizione tra i concorrenti quindi potrà essere soltanto di tipo qualitativo ed avere ad oggetto specifiche caratteristiche del servizio, ferma restando la possibilità di premiare l'offerta di un tempo di esecuzione inferiore rispetto a quello previsto nel bando di gara.*

“ **La tesi della derogabilità.** ”

La seconda, basata sul principio di specialità e su un approccio eurounitario che peraltro da ultimo sarebbe in qualche modo riconfermato dalla decisione Corte di Giustizia Europea 25 gennaio 2024 C-438/22, ritiene, viceversa, inapplicabile la legge 49 per lo meno nel campo degli appalti pubblici e delle concessioni, con conseguente conferma dello stato quo ante nonostante l'intervenuta abrogazione espressa della legislazione del 2006.

Sempre attingendo alla relazione dell'Anac, si ha modo di leggere che i sostenitori di tale tesi affermano che **la previsione di tariffe minime si pone in netto contrasto con il principio di concorrenzialità, con evidenti dubbi di compatibilità anche a livello di normativa comunitaria.**

*Inoltre, occorre considerare che l'articolo 2, comma 1 della legge 49/2023 definisce il proprio ambito di applicazione in relazione ai rapporti professionali aventi ad oggetto prestazioni d'opera intellettuale di cui all'articolo 2230 del codice civile.*

5. Legge 21 giugno 2022, n. 78 Delega al Governo in materia di contratti pubblici. Art.1, comma2, lett.I)

*Ciò significa che la relativa disciplina è circoscritta alle ipotesi in cui la prestazione professionale trova fondamento in un contratto d'opera caratterizzato dall'elemento personale, in cui il singolo professionista assicura lo svolgimento della relativa attività principalmente con il proprio lavoro autonomo. Resterebbero, quindi, escluse dall'applicazione della disciplina sull'equo compenso le ipotesi in cui la prestazione professionale viene resa nell'ambito di un appalto di servizi, attraverso una articolata organizzazione di mezzi e risorse e con assunzione del relativo rischio imprenditoriale.*

*Altro argomento portato a favore di tale ricostruzione è l'espressa applicazione della normativa sull'equo compenso alle "convenzioni" che sarebbero identificabili in particolari rapporti contrattuali caratterizzati da una posizione dominante del committente, con conseguente necessità di ristabilire gli equilibri contrattuali proprio attraverso l'introduzione di tariffe minime. Tale situazione non ricorrerebbe nell'ambito delle procedure di gara caratterizzate dalla presentazione di offerte libere e adeguatamente ponderate da parte degli offerenti e dalla previsione di adeguati meccanismi atti proprio ad evitare la presentazione di offerte eccessivamente basse e quindi non sostenibili (anomalia dell'offerta).*

*Ulteriori considerazioni - conclude su questa seconda ipotesi argomentativa l'Anac - muovono dall'esigenza di interpretare le disposizioni appartenenti a diversi ordinamenti in modo sistematico, tenendo conto del contesto ordinamentale complessivo in cui si inseriscono, pena l'annullamento dei principi di concorrenzialità e di evidenza pubblica che governano l'affidamento dei contratti pubblici.*

### “ **Il ribasso sugli elementi non corrispondenti all'esercizio attività professionali** ”

Una posizione intermedia, che in qualche modo appare maggiormente condivisa dall'Autorità, che peraltro da tempo aveva evidenziato il problema con apposito atto di segnalazione alla competente Cabina di Regia presso la Presidenza del Consiglio fin dal 27 giugno 2023, prevede la ribassabilità delle sole spese generali, in quanto **non corrispondenti all'esercizio attività professionali** sebbene incluse nella tariffa.

In tal senso la relazione citata recita sul punto che fermo restando il divieto di sottoporre a ribasso il compenso professionale individuato sulla base delle tabelle ministeriali, si potrebbe mantenere ferma la possibilità di effettuare una gara con valutazione dell'**offerta economica limitatamente alla parte di costo che esula dal compenso professionale** e, pertanto, sostanzialmente, limitata alle spese generali. Con riferimento a tale possibilità, si evidenzia che consentendo il ribasso su una quota di tali spese, potrebbe verificarsi che i concorrenti più strutturati offrano il massimo ribasso sostenibile, attestandosi tutti su una quota fissa. In sostanza, ci sarebbe il rischio di attivare, anche in questo caso, ad una gara a prezzo fisso. Inoltre, si verificherebbe l'aspetto negativo che i professionisti singoli o le società di piccole dimensioni potrebbero essere costretti ad offrire un ribasso inferiore, non riuscendo ad abbattere nella stessa misura i costi. Quindi, sostanzialmente, la competizione verrà svolta sulle dimensioni dell'operatore economico o sulla capacità organizzativa e non sulla qualità del servizio.

#### 4. Alcuni problemi specifici

Tanto fin qui riportato, molte sono le questioni specifiche che interferiscono rispetto alle diverse letture testé riportate, ciò che rende in principio necessario un chiarimento normativo, considerato anche che l'adesione all'una o all'altra tesi implica risvolti non secondari anche sul piano della responsabilità erariale.

Orbene, a parte il fatto che la tesi della limitazione dell'offerta economica alla parte di costo che esula dal compenso professionale dovrebbe a questo punto riferirsi tanto alle spese generali previste dall'articolo 5 della Tariffa, di cui al d.m. 17 giugno 2016, che a quelle per le altre attività (rilievi sondaggi ecc.) cui si riferisce il successivo articolo 6, un primo profilo riguarda il diritto intertemporale: se è vero, infatti, che la legge 49 esclude in modo espresso l'applicazione retroattiva delle relative previsioni, v'è da chiedersi come tale regola sia destinata ad operare in caso di Accordi Quadro già avviati, con offerte aggiudicate ante 20 maggio 2023, quindi affidati nel vigore della precedente disciplina, i cui contratti applicativi vengano attivati successivamente a tale data.

## Il caso degli Accordi Quadro

In virtù del principio per il quale l'offerta economica risulta formulata in un regime giuridico diverso dall'attuale e che, ai sensi della disciplina vigente, l'accordo quadro fissa le condizioni economiche alle quali i singoli contratti attuativi dovranno essere stipulati, una scelta che andasse, ora per allora, ad azzerare gli effetti della componente prezzo offerto (rectius ribasso sulla tariffa) sulla determinazione della graduatoria di gara parrebbe oltremodo forzata, specie sotto il profilo della completa vanificazione del senso della gara svolta.

Ulteriore questione riguarda il calco del compenso nel caso degli incarichi di supporto al RUP a libero professionista esterno, un tema che evidenzia la necessità di coordinamento tra le disposizioni di cui all'articolo 45, comma 6, del codice, che destinano risorse finanziarie non superiori all'1% dell'importo posto a base di gara per l'affidamento diretto da parte del RUP di tali incarichi e la legge n. 49.

## Gli incarichi di supporto al RUP a libero professionista esterno

Secondo la Corte dei Conti<sup>6</sup>, infatti, l'ammontare dei relativi compensi, a seconda della tipologia di incarico da conferire, dovrà avvenire sulla base dei parametri normativi previsti per le specifiche figure professionali, tra cui l'allegato I.13 ed il d.m. 17 giugno 2016, qualora si tratti del l'affidamento degli incarichi professionali di natura tecnica; da notare come laddove tali incarichi abbiano natura di supporto giuridico legale il tema riguarderebbe le tariffe per professioni legali di cui al d.m. 55/2014 come modificato dal d.m. 147/2022<sup>7</sup>.

Al riguardo va detto che, secondo il nuovo articolo 25-bis codice deontologico forense, l'avvocato non può concordare o preventivare un compenso che, ai sensi e per gli effetti delle vigenti disposizioni in materia di equo compenso non sia giusto, equo e proporzionato alla prestazione professionale richiesta, e non sia determinato in applicazione dei parametri forensi vigenti<sup>8</sup>.

### 5. Conclusioni: la necessità di un intervento normativo

Appare dunque evidente la necessità di un intervento legislativo a chiarimento del rapporto tra i due sistemi normativi.

Nel frattempo, una soluzione da analizzare per i casi di affidamento diretto potrebbe essere nel senso della valorizzazione della natura professionale degli incarichi rispetto alla loro riconduzione, sempre e comunque, nell'alveo dell'appalto; ciò specie in relazione alle caratteristiche soggettive del soggetto destinato ad assumere l'incarico.

6. Cfr. Sez. Contr. Abruzzo, 19 febbraio 2024 n.41/2024/PAR

7. In tal senso Parere ANAC funzione consultiva n. 11 del 28 marzo 2023.

8. La violazione comporta l'applicazione in sede disciplinare della censura, e, nei casi in cui l'avvocato stipuli una qualsiasi forma di accordo con il cliente, la norma richiede l'obbligo ad avvertire per iscritto il cliente che il compenso per la prestazione professionale deve rispettare i criteri stabiliti dalla legge, pena la nullità della pattuizione. La violazione di questa seconda disposizione normativa comporta l'applicazione della sanzione disciplinare dell'avvertimento.



# La revoca dell'aggiudicazione prima della stipula del contratto

di Riccardo Gai

IL  
PUN  
TO

## 1. Il potere di autotutela delle stazioni appaltanti

Un aspetto particolarmente critico e dibattuto della disciplina dei contratti pubblici, e in particolare delle procedure ad evidenza pubblica, è sicuramente rappresentato dalla facoltà attribuita alla pubblica amministrazione di esercitare il potere di autotutela decisoria, in qualità di stazione appaltante, e quindi di incidere su un assetto di interessi già delineatosi con il provvedimento di aggiudicazione della gara attraverso i provvedimenti di annullamento e revoca di quest'ultima.

In generale, l'autotutela è una particolare forma di azione della pubblica amministrazione che si estrinseca nella rivalutazione di un atto dalla stessa precedentemente emanato, al fine di prevenire o comunque evitare l'instaurazione di eventuali controversie aventi ad oggetto il proprio operato.

Come noto, il potere di autotutela della Pubblica Amministrazione rientra tra i poteri discrezionali attribuiti a quest'ultima dall'ordinamento, disciplinato dagli articoli 21 *ter*, 21 *quinquies* e 21 *nonies* della legge 241/1990 (legge sul procedimento amministrativo), e consiste nella facoltà riconosciuta in favore dell'amministrazione di sospendere l'efficacia dei suoi atti o di ritirare un

atto da essa stessa emanato (atto valido ed efficace) sia su iniziativa propria che su richiesta del privato interessato che abbia adeguatamente motivato la propria richiesta. Ciò al fine di eliminare o elidere e prevenire, in maniera rapida ed efficace, i danni che un atto viziato e pregiudizievole degli interessi, pubblici e privati, sicuramente provocherebbe, senza che il singolo debba per forza ricorrere alla tutela giurisdizionale.

**Un aspetto particolarmente critico della disciplina dei contratti pubblici, e in particolare delle procedure ad evidenza pubblica, è sicuramente rappresentato dalla facoltà attribuita alla pubblica amministrazione di esercitare il potere di autotutela decisoria, in qualità di stazione appaltante, e quindi di incidere su un assetto di interessi già delineatosi con il provvedimento di aggiudicazione della gara.**

Accanto a quella appena descritta, qualificata in dottrina quale autotutela "decisoria", si affianca la cosiddetta autotutela esecutiva, posta in essere al fine di mantenere in vita atti amministrativi ormai scaduti o confermare altri atti altrimenti inefficaci (c.d. "conservazione" e "convalescenza" degli atti amministrativi).

Pertanto, ci si trova dinanzi all'esercizio di un potere discrezionale della pubblica amministrazione chiamata a valutare il requisito dell'attualità dell'interesse pubblico alla rimozione degli effetti del provvedimento originario.

Più nello specifico per quanto qui è di nostro interesse, in caso di annullamento d'ufficio (art. 21 *nonies* della legge 241/90) il presupposto deve ravvisarsi nell'illegittimità originaria dell'atto in relazione al decorso del tempo; mentre nel caso della revoca (art. 21 *quinquies*), viene in rilievo la possibilità per la pubblica amministrazione di procedere ad una modificazione di un rapporto precedentemente creato attraverso l'emanazione di un provvedimento amministrativo. Inoltre, mentre l'annullamento guarda al passato, nel senso che costituisce un rimedio volto alla rimozione di un errore commesso nell'esercizio della funzione di primo grado e, quindi, opera in una logica essenzialmente correttiva dell'azione pubblica, la revoca assume una funzione più propriamente adeguatrice, intesa in termini di attualizzazione delle modalità di perseguimento dell'interesse pubblico specifico di cui occorre seguire la costante dinamica evolutiva.

Il fatto che la legge qualifichi tale potere come una facoltà implica di conseguenza che, in caso di silenzio serbato dalla Pubblica Amministrazione a seguito di proposta di ritiro di un atto amministrativo inoltrata dal privato, quest'ultimo non possa promuovere azione avverso il silenzio ex art. 2 legge sopra citata, mentre potrà al contrario essere impugnato dagli interessati il provvedimento che disponga il ritiro dell'atto in via di autotutela.

Soggetto attivo titolare di tale potere è la stessa pubblica amministrazione che ha provveduto ad emanare l'atto. I provvedimenti adottati in via di autotutela sono recettizi, ossia è necessario portare gli stessi a conoscenza dei privati interessati affinché possano espletare piena efficacia.

La giurisprudenza consolidatasi negli anni (cfr., tra le tante, Cds, n. 6507 del 18 Dicembre 2012) ha tuttavia stabilito che il potere di autotutela

debba essere esercitato in presenza di determinati presupposti, ed in particolare i Giudici del Consiglio di Stato hanno stabilito che, al fine della sua attivazione, debbano sussistere <<*gravi ragioni, cioè circostanze tali da rendere quanto meno inopportuno che un provvedimento emanato, non inficiato da vizi macroscopici o facilmente riconoscibili, continui a svolgere i propri effetti per evitare che questi possano definitivamente alterare e compromettere il substrato fattuale sul quale incide*>>.

L'impiego dell'espressione "gravi ragioni" implica inoltre il riferimento ad altri fondamentali principi del nostro ordinamento regolanti l'azione amministrativa, ed in particolare quelli di adeguatezza e proporzionalità. Un atto è adeguato se idoneo al perseguimento del pubblico interesse; è proporzionale se, raggiungendo lo scopo, imponga il minor sacrificio possibile nei confronti del privato.

## **2. In particolare: la revoca dell'aggiudicazione della gara**

Applicando i principi sopra delineati e riassunti alle gare d'appalto, è evidente come la revoca dell'aggiudicazione della gara si configuri quale strumento di autotutela decisoria preordinato alla rimozione, con efficacia *ex nunc* - quindi non retroattiva - di un atto ad efficacia durevole, in esito a una nuova (e diversa) valutazione dell'interesse pubblico alla conservazione della sua efficacia.

I presupposti del valido esercizio dello *ius poenitendi* sono definiti dall'art. 21 *quinquies* (per come modificato dall'art. 25, comma 1, lett. b-ter, d.l. n. 133 del 2014) e consistono nella sopravvenienza di motivi di interesse pubblico, nel mutamento della situazione di fatto (imprevedibile al momento dell'adozione del provvedimento) e in una rinnovata (e diversa) valutazione dell'interesse pubblico originario (tranne che per i provvedimenti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici).

Ora, nonostante con le modifiche normative introdotte nel 2014 con il DL 133/2014 il legislatore abbia voluto circoscrivere e parzialmente limitare l'utilizzo di tale strumento accrescendo la tutela del privato da un arbitrario e sproporzionato esercizio del potere di autotutela in questione (per mezzo dell'esclusione dei titoli abilitativi o attributivi di vantaggi economici dal catalogo di quelli revocabili in esito a una rinnovata valutazione dell'interesse

pubblico originario), il potere di revoca resta tuttavia connotato da un'ampia discrezionalità (cfr. tra le tante, Cds, sez. III, 6 maggio 2014, n.2311)

A differenza del potere di annullamento d'ufficio, infatti, che presuppone l'illegittimità dell'atto annullato, quello di revoca presuppone unicamente una valutazione di opportunità, seppur limitata alle condizioni legittimanti declinate all'art. 21 *quinquies* della legge 241/90.

L'aspetto critico dell'esercizio del potere di revoca, dunque, risiede nel rischio che vengano lesi il principio del legittimo affidamento ingenerato nel privato danneggiato dalla revoca, l'interesse pubblico alla certezza dei rapporti giuridici costituiti dall'atto originario, nonché, più in generale, alla stabilità dei provvedimenti amministrativi.

Per quanto concerne gli appalti pubblici, va ricordato che l'istituto della revoca non è utilizzabile dopo la stipula del contratto d'appalto, dovendo utilizzarsi, in quella fase, il diverso strumento del recesso (v. Adunanza Plenaria del Cds, decisione del 29 giugno 2014, n.14), mentre prima del perfezionamento del contratto, al contrario, l'aggiudicazione è pacificamente revocabile (cfr. Cds, sez. III, 13 aprile 2011, n.2291). L'Adunanza Plenaria citata ha costituito un momento "spartiacque" nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale, avendo chiarito che nel procedimento di affidamento di lavori pubblici, le pubbliche amministrazioni, se, stipulato un contratto di appalto, rinvengono sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione ma devono esercitare il diritto potestativo regolato (all'epoca) dall'art. 134 del D. Lgs. n. 163 del 2006, ossia il recesso.

Il principio di diritto appena riportato, espresso dal Supremo Consesso amministrativo a margine della sentenza in commento, ha dunque spento – sembrerebbe in via definitiva – il dibattito relativo alla possibilità dell'amministrazione di travalicare i confini pubblicistici delle procedure ad evidenza pubblica, scongiurando l'utilizzo di un tipico strumento di autotutela, quale la revoca dell'atto amministrativo, nella fase privatistica delle stesse, che incomincia con la stipula del contratto di appalto.

Così riconosciuta, in astratto, la revocabilità dell'aggiudicazione – ovviamente prima della

stipulazione del contratto – bisogna considerare che l'ambito degli appalti pubblici è del tutto peculiare rispetto ad altri settori del nostro ordinamento, e necessita senza dubbio di definire le condizioni del valido esercizio della potestà di autotutela in questione secondo parametri ancora più stringenti.

A fronte, infatti, della nota strutturazione procedimentale della scelta del contraente, la definizione regolare della procedura mediante la selezione di un'offerta giudicata migliore conforme alle esigenze della stazione appaltante, per come cristallizzate nella *lex specialis*, consolida in capo all'impresa aggiudicataria una posizione particolarmente qualificata ed impone, quindi, alla Stazione appaltante, nell'esercizio del potere di revoca, l'onere di una ponderazione particolarmente rigorosa di tutti gli interessi coinvolti.

Il ritiro di un'aggiudicazione legittima dovrebbe, infatti, essere giustificato dalla sussistenza di ragioni di interesse pubblico (o una rinnovata valutazione di quelle originarie) particolarmente salienti e preminenti sulle esigenze di tutela del legittimo affidamento ingenerato nell'impresa che ha regolarmente partecipato alla gara, rispettandone le regole e organizzandosi in modo da risultarne vincitrice, e richiede, quindi, una motivazione particolarmente convincente circa i contenuti e l'esito della necessaria valutazione comparativa dei predetti interessi (cfr. Cds, sez. V, 19 maggio 2016, n. 2095).

**“ L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (14/2014) ha chiarito che nel procedimento di affidamento di lavori pubblici, le pubbliche amministrazioni, se, stipulato un contratto di appalto, rinvengono sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione ma devono esercitare il diritto potestativo di recesso dal contratto ”**

Ciò detto, i canoni di condotta appena precisati restano validi anche per le procedure di aggiudicazione soggette alla nuova disciplina del d.lgs. n. 36/2023, nella misura in cui il paradigma legale di riferimento resta, anche per queste ultime, l'art. 21 *quinquies* della legge n. 241/1990, e non anche la disciplina speciale dei contratti, che si occupa, infatti, di regolare il recesso e la risoluzione del contratto, e non anche la revoca dell'aggiudicazione degli appalti.

Così precisate le coordinate valutative alla cui stregua deve essere formulato il giudizio di legittimità della revoca controversa, occorre, ancora, chiarire che, quando riguardi le caratteristiche dell'oggetto dell'appalto, il ripensamento dell'amministrazione, per legittimare il provvedimento di ritiro dell'aggiudicazione, deve fondarsi sulla sicura verifica dell'inidoneità della prestazione descritta nella *lex specialis* a soddisfare le esigenze contrattuali che hanno determinato l'avvio della procedura.

Le Stazioni appaltanti, infatti, dovrebbero preliminarmente verificare le proprie esigenze per poi definire, coerentemente con gli esiti dell'anzidetta analisi, gli elementi essenziali del contratto e, solo successivamente, indire una procedura di affidamento avente ad oggetto la prestazione già individuata come necessaria (cfr. Cds, sez. V, 11 maggio 2009, n.2882).

### 3. La casistica giurisprudenziale

Secondo la giurisprudenza, in materia di appalti pubblici le ragioni in grado di supportare la revoca legittima dell'aggiudicazione sono state variamente individuate e risultano tre, in particolar modo, le fattispecie ricorrenti: a) revoca per sopravvenuta non corrispondenza dell'appalto alle esigenze dell'amministrazione; b) revoca per sopravvenuta indisponibilità di risorse finanziarie ovvero per sopravvenuta non convenienza economica dell'appalto (fra le tante, Cds, sez. V, 21 aprile 2016, n. 1599, Sez. III, 29 luglio 2015, n. 3748); c) revoca per inidoneità della prestazione descritta nella *lex specialis* a soddisfare le esigenze contrattuali che hanno determinato l'avvio della procedura (Cds, sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026).

La giurisprudenza annovera tra i "sopravvenuti motivi di pubblico interesse" anche comportamenti scorretti dell'aggiudicatario che si siano manifestati

successivamente all'aggiudicazione definitiva (cfr. Cds n. 120/2018; *ibidem* Cds, sez. V, 12 giugno 2017, n. 2804; Cds, sez. V, 11 luglio 2016, n. 3054; Cds, sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143, e TAR Liguria, sez. II, 27 gennaio 2017, n. 55).

In detti casi la revoca assume una particolare connotazione di pseudo-sanzionatoria, poiché la caducazione degli effetti del provvedimento è giustificata da condotte scorrette del privato beneficiario di precedente provvedimento favorevole dell'amministrazione; tuttavia, si tratta pur sempre di "*motivi di pubblico interesse*", successivi al provvedimento favorevole (o successivamente conosciuti dalla stazione appaltante, e per questo "sopravvenuti") che giustificano la revoca.

La particolarità di tale revoca consiste nel fatto che l'amministrazione non è tenuta a soppesare l'affidamento maturato dal privato sul provvedimento a sé favorevole e, d'altra parte, non ricorrono pregiudizi imputabili all'amministrazione e ristorabili mediante indennizzo poiché ogni conseguenza, ivi comprese eventuali perdite economiche, è imputabile esclusivamente alla condotta del privato, non dando luogo a responsabilità dell'amministrazione, neppure da atto lecito (v. Cds, Sez. V, n. 120/2018).

Del resto, in materia di gare di appalto, deve ritenersi che ogni determinazione susseguente alla adozione del provvedimento di aggiudicazione sia di competenza della stazione appaltante, unico soggetto a cui è rimessa d'altra parte la valutazione discrezionale in merito all'opportunità di sottoscrivere il contratto ovvero di revocare l'aggiudicazione.

Significativa, in tale senso, è una recente pronuncia del TAR Lazio (Sez. V, 19 gennaio 2024 n. 928), secondo la quale deve ritenersi legittimo, in quanto fondato su evidenti ragioni di pubblico interesse, il provvedimento con il quale la pubblica amministrazione ha disposto la revoca in autotutela dell'aggiudicazione di una gara di appalto, che sia motivato con riferimento al fatto che, nonostante il formale invito rivolto dall'Amministrazione al concorrente vittorioso, questi ha chiaramente e ripetutamente manifestato la volontà di stipulare l'accordo negoziale a condizioni diverse da quelle originariamente previste nella *lex specialis*, ovvero di procedere a consistenti modifiche, nella specie, della proposta di accordo quadro e di addivenire alla stipula con condizioni contrattuali frutto di rinegoziazione tra le parti.



Ha osservato, in particolare, la sentenza in commento che, quanto all'esercizio del potere di revoca, deve essere osservato che nelle gare pubbliche <<è legittima la revoca dell'aggiudicazione dell'appalto disposta dalla stazione appaltante a seguito del rifiuto, da parte dell'aggiudicatario, di stipulare il relativo contratto d'appalto, e ciò anche quando il termine per la stipula del contratto sia scaduto>>.

**Una recente pronuncia del TAR Lazio (Sez. V, 19 gennaio 2024 n. 928) ha stabilito la legittimità, in quanto fondato su evidenti ragioni di pubblico interesse, il provvedimento con il quale la pubblica amministrazione ha disposto la revoca in autotutela dell'aggiudicazione di una gara di appalto, che sia motivato con riferimento al fatto che, nonostante il formale invito rivolto dall'Amministrazione al concorrente vittorioso, questi ha chiaramente e ripetutamente manifestato la volontà di stipulare l'accordo negoziale a condizioni diverse da quelle originariamente previste nella lex specialis, ovvero di procedere a consistenti modifiche, nella specie, della proposta di accordo quadro e di addivenire alla stipula con condizioni contrattuali frutto di rinegoziazione tra le parti.**

A questo riguardo, invero, si concorda con quell'orientamento a mente del quale <<infruttuoso decorso del termine di cui all'art. 32, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 [ora art. 18, co. 2, d.lgs. 36/2023, ndr] previsto per la sottoscrizione del contratto di appalto non preclude affatto la possibilità di stipularlo, stante la natura meramente ordinatoria dello stesso>> (Cds, Sez. V, 14 luglio 2022, n. 5991).

Quanto all'obbligo di sottoscrizione del contratto entro il termine di 60 giorni previsto dalla legge, infatti, si osserva che esso è posto a tutela

dell'aggiudicatario, il quale deve poter calcolare ed attuare le scelte imprenditoriali entro tempi certi. Da ciò deriva che, di fronte all'inerzia dell'amministrazione che si sottrae all'obbligo di stipulare il contratto, l'operatore economico ha di fronte a sé due opzioni: a) svincolarsi dalla propria offerta; b) proporre azione avverso il silenzio, di cui agli artt. 31 e 117 del d.lgs. n. 104/2010 al fine di ottenere la condanna dell'amministrazione pubblica a provvedere.

A ben vedere, in entrambi i casi, il presupposto legittimante è l'inerzia dell'amministrazione, inerzia che nella sentenza in commento certamente non vi è stata in quanto la ricorrente si è aggiudicata la gara pretendendo poi di stipulare un contratto diverso rispetto a quello scaturito dalla procedura ad evidenza pubblica.

Prova di questo atteggiamento, nel caso di specie, risiede in un lungo carteggio intercorso tra la ricorrente e la stazione appaltante, rivelatore di lunghe trattative (cui peraltro l'Amministrazione non era obbligata ad aderire) volte alla stipula di un contratto conforme alle richieste dell'operatore economico, ma difformi rispetto al contenuto della legge di gara.

La norma che fissa il termine di sessanta giorni per la stipula del contratto d'appalto (ora previsto dall'art. 18, co. 2 del d.lgs. 36/2023, prima previsto dall'art. 32, co. 8, del d.lgs. 50/2016), che la ricorrente nella specie ha assunto inoltre essere stato violato è, a ben vedere, una disposizione che si applica quando il contratto che l'amministrazione rifiuta di stipulare è quello scaturito dalla procedura di gara, non quello che l'operatore economico pretende di stipulare dopo le modifiche cui aspira. La ripetuta manifestazione di volontà di addivenire alla stipula con condizioni contrattuali frutto di rinegoziazione tra le parti è del tutto incompatibile con quella di sciogliersi dal vincolo contrattuale.

A prescindere, inoltre, dall'imputazione della mancata conclusione del contratto all'una o all'altra parte contrattuale (accertamento che assume rilevanza solo quanto alle conseguenze che dalla revoca derivano, quali l'escussione della polizza fideiussoria o la segnalazione all'ANAC), la giurisprudenza è consolidata nel senso di ritenere che negli appalti pubblici non è precluso all'amministrazione di revocare l'aggiudicazione in presenza di un interesse pubblico individuato in concreto, del quale si è dato atto nella motivazione del provvedimento di autotutela, alla stregua

dei principi generali dell'ordinamento giuridico, i quali, oltre che espressamente codificati dall'art. 21 *quinquies* della L. n. 241/1990, trovano fondamento negli stessi principi costituzionali predicati dall'art. 97 Cost., ai quali deve ispirarsi l'azione amministrativa.

L'esercizio di tale potere non è subordinato al ricorrere di ipotesi tipiche, tassativamente predeterminate dal legislatore, ma è rimesso alla valutazione ampiamente discrezionale dell'amministrazione (Cds, Sez. V, 7 febbraio 2022, n. 833).

In definitiva, il rifiuto di stipulare il contratto a seguito di aggiudicazione di gara pubblica costituisce un fatto che, all'evidenza, può giustificare, come è avvenuto nel caso della sentenza in commento, la revoca dell'aggiudicazione. Alla casistica giurisprudenziale appena illustrata si unisce il consolidato orientamento giurisprudenziale concludente per la legittimità di una revoca/decadenza dell'aggiudicazione in ragione dell'inadempimento da parte dell'aggiudicatario dell'obbligo, previsto negli atti di gara, di procedere d'urgenza all'inizio dei lavori, su richiesta dell'amministrazione, nelle more della stipula del contratto (v. tra le tante Cds, Sez. V, 14 dicembre 2021, n. 8321)

Del pari, deve ritenersi legittima la revoca dell'aggiudicazione a fronte della mancata produzione della documentazione attinente alla fase esecutiva e di apertura del cantiere (come la idoneità tecnico-professionale di cui agli articoli 17 ed 89 del D. Lgs. n. 81/2008 o il Piano Operativo di Sicurezza) la cui conformità a legge deve essere necessariamente verificata al momento dell'inizio dei lavori anche in caso di consegna anticipata rispetto alla stipulazione del contratto, come anche la pretesa della stazione appaltante di ottenere a tal scopo il programma esecutivo dei lavori che, ai sensi del DM 49/2018, l'impresa aggiudicataria deve presentare prima dell'inizio dei lavori (TAR Toscana, sez. I, 19 aprile 2022, n. 527).

#### 4. Conclusioni

Come abbiamo visto, la giurisprudenza passata in rassegna si è occupata di analizzare il comportamento assunto dall'aggiudicataria tra la fase di aggiudicazione e quella propedeutica alla stipula del contratto, nell'ambito della quale sono stati individuati comportamenti giudicati come un chiaro indice di inaffidabilità delle imprese coinvolte,

con la conseguenza che <<*anche i lamentati ritardi nelle attività preliminari alla stipula del contratto di appalto su cui attualmente si verte potevano in linea di principio giustificare, da sé soli, la revoca dell'aggiudicazione*>> (tra le tante, Cds, sez. V, 29 luglio 2019, n. 5354), come pure <<*Il reiterato atteggiamento non cooperativo dell'aggiudicatario, obiettivamente idoneo a ritardare la stipula del contratto anche a fronte di servizi dichiaratamente connotati di urgenza, in presenza di motivate ragioni di pubblico interesse*>> (Cds, sez. V, 3 giugno 2021 n. 4248).

Per quanto analizzato sin qui, tuttavia, alla luce del contenuto dell'autorevole giurisprudenza citata, non v'è dubbio che il potere di autotutela – ed in particolare quello di revoca – costituisca una importante risorsa del nostro ordinamento, ma che tuttavia attribuisca alla pubblica amministrazione un notevole margine discrezionale, e che perciò stesso vada usato con la dovuta oculatezza e parsimonia, onde evitare il rischio di imporre un eccessivo sacrificio agli interessi privati ed al legittimo affidamento che questi ripongono sui provvedimenti emanati ed al loro favorevoli.

Non è un caso se, come abbiamo visto, il legislatore sia intervenuto con la novella del 2014 (d.l. 133/2014) al fine di porre dei limiti ben precisi all'esercizio del potere di revoca, proprio al fine di apprestare la massima tutela possibile agli interessi dei privati e, in ogni caso, garantirne un equo bilanciamento rispetto a quelli pubblici.

Ciò, evidentemente, non è risultato sufficiente per l'ambito delle pubbliche gare d'appalto, in cui l'ordinamento impone all'Amministrazione di effettuare tutte le valutazioni di opportunità e di convenienza economica addirittura ben prima che la gara possa essere bandita. In tal senso, dunque, è servito un corposo intervento della giurisprudenza al fine di tracciare ulteriori limiti al ricorso al potere di revoca in soggetta materia, onde evitare che gli eventuali "ripensamenti" delle Stazioni appalti possano essere basati su delle mere suggestioni legate alla convenienza o alla soddisfattività della prestazione contrattuale da aggiudicare tramite la commessa pubblica, obbligando la Stazione appaltante ad una valutazione attenta e bilanciata tra interessi pubblici e privati che, sostanzialmente – secondo la giurisprudenza qui citata – vanno ad essere qualificati quali interessi di pari rango, al fine di garantire il rispetto dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento tutelati dall'art. 97 della Costituzione.

“ **Nei casi giurisprudenziali analizzati lo strumento della revoca risulta perfettamente servente al perseguimento degli interessi pubblici, consentendo alle pubbliche amministrazioni, senza necessità di garantire indennizzi alle imprese affidatarie, di sottrarre l'esecuzione dell'appalto a soggetti che, sin dalla fase immediatamente successiva all'aggiudicazione, si siano mostrati del tutto inaffidabili.**

Vero è, tuttavia, che nella casistica poc'anzi analizzata abbiamo avuto modo di verificare dei “casi limite” in cui, effettivamente, il comportamento delle imprese aggiudicatrici – successivo all'aggiudicazione e precedente alla stipula del contratto – ha costituito un notevole *vulnus* agli interessi pubblici, consistente nella volontà manifestata di stipulare contratti a condizioni diverse da quelle a priori individuate dalle stazioni appaltanti nella legge di gara, ma più vantaggiose (per i privati), o finanche nel manifestato rifiuto di iniziare i lavori in via d'urgenza, pur previsto nella stessa *lex specialis*.

In questi casi, obiettivamente, lo strumento della revoca risulta perfettamente servente al perseguimento degli interessi pubblici, consentendo alle pubbliche amministrazioni, senza necessità di garantire indennizzi alle imprese affidatarie, di sottrarre l'esecuzione dell'appalto a soggetti che, sin dalla fase immediatamente successiva all'aggiudicazione, si siano mostrati del tutto inaffidabili.



# Scopri i nostri corsi in Project Management

**Mediaconsult, con il coordinamento scientifico dell'Istituto Italiano di Project Management (ISIPM), propone una serie di corsi per diffondere la cultura del Project Management all'interno delle P.A.**

Oggi le P.A. sono chiamate a gestire progetti complessi come quelli scaturenti dai fondi del PNRR.

Sono richiesti approccio manageriale, controllo di risorse e tempi, standard di qualità, al fine di rendere quegli investimenti efficaci ed efficienti.

Tutti questi elementi sono esattamente alla base delle metodologie del PM.

Il relatore dei nostri corsi è l'**Ing. Biagio Tramontana**, Project Manager professionista con oltre 20 anni di esperienza nel settore, Vice Presidente ISIPM, Docente Master Accreditato dall'Istituto e brillantissimo formatore.

## Corso base di Project Management (ISIPM - Base®)

**ROMA, 3 incontri in presenza.**

Date delle lezioni: 10, 17, 18 Aprile

**Webinar, 6 incontri.**

Date delle lezioni: 27 Maggio - 3, 10, 17, 24 Giugno - 1 Luglio

## Corso avanzato di Project Management (ISIPM - Avanzato®)

**Webinar, 8 incontri.**

Date delle lezioni: 10, 17, 24, 31 Maggio - 07, 14, 21, 28 Giugno



☎ 0883.310504

☎ 351.7044035

✉ info@mediaconsult.it

🌐 mediaconsult.it

in collaborazione con:





# PPP: inquadramento e caratteristiche del contratto di disponibilità

di Paola Cartolano e Paola Razzano

IL  
PUN  
TO

## Premesse

Il partenariato pubblico e privato (**PPP**), come noto, trova la propria *ratio* nell'esigenza di assicurare alla collettività la disponibilità di un'opera mediante la cooperazione tra soggetti pubblici e imprese, con il fondamentale obiettivo di reperire i capitali privati necessari e di avvalersi del *know how* delle imprese private.

Nell'ambito del PPP<sup>1</sup>, fratello "minore" del più noto istituto del *project financing* è il "**contratto di disponibilità**", in origine introdotto nel nostro ordinamento all'art. 160-ter del D.Lgs. n. 163/2003 per effetto dell'art. 44 del Decreto Legge n. 1/2012: si tratta di uno strumento attraverso il quale le amministrazioni pubbliche possono entrare nella disponibilità di asset immobiliari realizzate da privati da destinare all'esercizio di servizi pubblici nel lungo periodo.

La **peculiarità** del contratto di disponibilità risiede nel fatto che la proprietà dell'opera, realizzata dall'affidatario del contratto e destinata all'esercizio di un pubblico servizio, è del tutto privata anche se l'opera (a differenza delle altre forme di PPP) non

è gestita dal privato, ma utilizzata direttamente dall'amministrazione pubblica. L'affidatario privato, a fronte di un corrispettivo, si fa infatti carico della progettazione e della realizzazione dell'opera, garantendone la fruibilità da parte dell'amministrazione ed assicurandone anche la manutenzione ordinaria e straordinaria.

Nell'ambito del contratto di disponibilità, l'amministrazione assume in sostanza la veste del *conduttore*, con impegno a corrispondere un canone onnicomprensivo a favore del privato, mentre quest'ultimo rimane proprietario dell'opera che ha realizzato per l'Ente (fatta salva la previsione di riscatto dell'opera al termine della concessione da parte dell'amministrazione, dietro eventuale pagamento di un prezzo finale).

In tal senso si ritiene che il contratto di disponibilità sia utilizzabile per la realizzazione delle cd. "opere fredde"<sup>2</sup>, ovvero quelle opere - da destinare a un servizio pubblico - che a differenza delle cd. "opere calde" non hanno la capacità di generare flussi di cassa tramite i ricavi da utenza necessari per ripagare l'investimento, tali per cui l'amministrazione paga un canone per un determinato periodo (es. carceri, uffici pubblici).

1. Sul punto, cfr. Rivista MediAppalti, Anno XIII n. 4 "Il Partenariato Pubblico Privato nel D.Lgs. 36/2023", di Paola Cartolano e Paola Razzano  
2. Cfr. Corte dei Conti, Sezione Controllo Puglia, delibera n. 66/PAR/2012 del 31.5.2012

La Corte dei Conti, Sezione Centrale di Controllo, Deliberazione n. 7/2020/G del 20.7.2020 ha così riassunto con chiarezza: «*Il contratto di disponibilità appare diretto a consentire ad una Amministrazione pubblica, anche in assenza delle necessarie risorse finanziarie, di poter acquisire la disponibilità di immobili, di proprietà privata, da destinare ad un pubblico servizio, adeguati alle proprie esigenze, a seguito di un'unica procedura di gara di progettazione, realizzazione e manutenzione dell'opera. L'Amministrazione rimane libera di acquisire o meno l'immobile oggetto del contratto di disponibilità in un secondo momento*».

“ **Il contratto di disponibilità consente ad una P.A. di acquisire la disponibilità di immobili, di proprietà privata, da destinare ad un pubblico servizio, pur in assenza della totalità delle risorse finanziarie iniziali, dietro corresponsione di un canone periodico** ”

In particolare, la Corte dei Conti ha rilevato che «*Tale contratto sembra rivolto, in modo particolare, alla **realizzazione delle c.d. "opere fredde"**, vale a dire delle opere per le quali il recupero del valore dell'investimento effettuato dal soggetto privato avviene, non attraverso i ricavi percepiti dagli utenti che usufruiscono del bene (es. parcheggi, ecc.), ma attraverso i ricavi percepiti dalla stessa Amministrazione pubblica (es. uffici, scuole, ospedali, ecc.). Si tratta, dunque, di uno strumento contrattuale che consente, almeno potenzialmente, di soddisfare le esigenze della collettività amministrata, riferite al **reperimento e utilizzazione di opere che non sono in grado di produrre flussi finanziari positivi idonei a consentirne l'autofinanziamento, mediante l'utilizzazione di capitali privati di cui potrebbe risultare sufficientemente garantita la redditività nel tempo attraverso il pagamento, da parte della Amministrazione pubblica, quantomeno, del canone di disponibilità***».

Nel seguito del presente contributo verranno passate in rassegna le caratteristiche del contratto di disponibilità, evidenziando le differenze introdotte dal legislatore nel D.Lgs. n. 36/2023 rispetto al precedente impianto normativo di cui al D.Lgs n. 50/2016.

### 1. Il contratto di disponibilità nel previgente codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 50/2016)

Il contratto di disponibilità, nella definizione dell'**art. 3 comma 1 lettera hhh)** del previgente codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. n. 50/2016, è il contratto mediante il quale vengono affidate, a rischio e a spese dell'affidatario (privato), la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio, a fronte di un corrispettivo.

Per "messa a disposizione", chiarisce lo stesso art. 3 del D.Lgs. n. 50/2016, si intende l'obbligo assunto dall'affidatario, a proprio rischio, di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice **la costante fruibilità dell'opera**, nel rispetto del contratto, garantendo allo scopo la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi, anche sopravvenuti. Correlativamente l'**art. 188 comma 2** del D.Lgs. n. 50/2016 specifica che «*L'affidatario assume il rischio della costruzione e della gestione tecnica dell'opera per il periodo di messa a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice*»<sup>3</sup>.

Da un lato, dunque, il contratto di disponibilità, come già evidenziato, si caratterizza per la **natura privata dell'area o dell'immobile** (che dovrà risultare da un titolo di proprietà o da un diritto di superficie), dall'altro dalla possibilità che l'opera realizzata possa permanere nella proprietà privata (senza necessariamente transitare nel patrimonio pubblico).

3. Art. 188 comma 2, ultimo capoverso «*Salva diversa determinazione contrattuale e fermo restando quanto previsto al comma 5, i rischi sulla costruzione e gestione tecnica dell'opera derivanti dal mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni, pareri, nulla osta e di ogni altro atto amministrativo sono a carico del soggetto aggiudicatore*».

**L'affidatario del contratto di disponibilità è retribuito mediante:**

- **un canone di disponibilità (che la PA corrisponde al privato a fronte dell'effettiva disponibilità dell'opera);**
- **un eventuale contributo in corso d'opera, non superiore al 50% del costo di costruzione, concedibile allorché sia previsto il trasferimento della proprietà dell'opera all'amministrazione aggiudicatrice;**
- **un eventuale prezzo di trasferimento dell'opera (al termine della concessione), parametrato al valore di mercato residuo della stessa, tenuto conto dei corrispettivi già versati di cui ai precedenti punti.**

L'amministrazione (in caso di procedura ordinaria ad impulso della PA) pone a base di gara un **capitolato prestazionale**. Esso è predisposto dall'amministrazione aggiudicatrice e indica in dettaglio:

- le caratteristiche tecniche e funzionali che deve assicurare l'opera costruita;
- le modalità per determinare la riduzione del canone di disponibilità, se l'opera dimostri, in sede di collaudo, di non rispondere pienamente al capitolato prestazionale.

Prosegue il comma 3 del menzionato articolo 188 del D.Lgs. n. 50/2016 stabilendo che il capitolato prestazionale è **nesso a gara** e **le offerte** dei partecipanti dovranno contenere:

- il progetto di fattibilità rispondente alle caratteristiche indicate in sede di gara,
- la garanzia ai sensi dell'art. 93 dello stesso D.Lgs. n. 50/2016 (ovvero garanzia *provvisoria* pari al 2% importo a base di gara),
- il quadro economico degli investimenti,
- l'impegno a prestare, successivamente all'aggiudicazione, la successiva garanzia *definitiva* ai sensi dell'art. 103 del D.Lgs. n. 50/2016 (pari al 10% dell'importo contrattuale) oltre ad ulteriore cauzione a garanzia delle penali per mancato o inesatto adempimento contrattuale.

L'Amministrazione aggiudicatrice valuta le offerte presentate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata

sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

Altra caratteristica del contratto di disponibilità è che *"Il **progetto definitivo**, il progetto esecutivo e le eventuali varianti in corso d'opera **sono redatti a cura dell'affidatario**; l'affidatario ha la facoltà di introdurre le eventuali varianti finalizzate ad una maggiore economicità di costruzione o gestione, nel rispetto del progetto di fattibilità tecnico-economica approvato dall'amministrazione aggiudicatrice e delle norme e provvedimenti di pubbliche autorità vigenti e sopravvenuti; il progetto definitivo, il progetto esecutivo e le varianti in corso d'opera **sono ad ogni effetto approvati dall'affidatario, previa comunicazione all'amministrazione aggiudicatrice** la quale può, entro trenta giorni, motivatamente opporsi ove non rispettino il capitolato prestazionale e, ove prescritto, alle terze autorità competenti".*

**“ L'art. 188 del D.Lgs. 50/2016 pur trattando gli elementi essenziali dell'istituto e del contratto stesso, si sofferma(va) anche sulla procedura di affidamento del contratto di disponibilità ”**

La fase di progettazione e costruzione (oltre alla manutenzione) è lasciata, dunque, in maniera pressoché totale all'affidatario (da cui l'importanza della regolamentazione che si avrà in sede contrattuale).

Mentre lo studio di fattibilità tecnico – economica deve essere approvato dall'Amministrazione, la progettazione definitiva ed esecutiva, come l'inserimento di alcune varianti ai fini di una maggiore economicità di costruzione o gestione, è lasciata al privato salva solo la possibilità dell'Amministrazione di opporsi entro 30 giorni in caso di mancato rispetto del capitolato prestazionale e delle norme e provvedimenti di pubbliche autorità vigenti e sopravvenuti: circostanza questa che rende ovviamente molto più snella e veloce la fase di progettazione.

Il collaudo dell'opera permane, invece, in capo alla stazione appaltante.

## 2. Il contratto di disponibilità nell'attuale codice dei contratti pubblici (D. Lgs. n. 36/2023)

Il nuovo codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. n. 36/2023 ha disposto in maniera più organica la disciplina non solo del PPP (in generale) di cui al Libro IV, ma anche del contratto di disponibilità, cui è dedicata la Parte IV, composto in realtà da un unico articolo, l'art. 197 rubricato "Definizione e disciplina", evidenziando il ruolo centrale che si è voluto dare proprio all'elemento contrattuale.

Il D.Lgs. n. 36/2023 - dopo aver confermato nell'Allegato all'art. 2 lettera i) la definizione di contratto di disponibilità già presente nel D.Lgs. n. 50/2016 - propone una disciplina in parte innovativa rispetto a quella del previgente codice.

Il contenuto del contratto di disponibilità, introduce l'art. 197, deve essere determinato tenendo conto dei bandi-tipo e dei contratti-tipo redatti dall'Autorità di settore che l'ente concedente "potrà" utilizzare come base del proprio bando e del contratto per poi redigere anche il capitolato prestazionale con le specifiche dell'opera, i criteri di determinazione del corrispettivo, le cauzioni e garanzie.

Il primo comma dell'art. 197 deve, quindi, essere letto in combinato con il successivo comma 9 il quale prevede che «L'ente concedente redige, unitamente al bando o all'avviso, avvalendosi anche dei bandi-tipo e dei contratti-tipo dell'ANAC, un capitolato che indica le caratteristiche specifiche dell'opera, i criteri di determinazione e di riduzione del corrispettivo e i modi di prestazione di garanzie e cauzioni, anche funzionali ad assicurare l'esatto adempimento delle obbligazioni contrattuali».

Centrale è il riferimento al **canone di disponibilità** (v. comma 3) inteso come corrispettivo del contratto parametrato al godimento dell'opera e alla sua durata, enunciato nelle sue componenti ulteriori qualora sia previsto il trasferimento della proprietà dell'opera all'ente concedente, con previsione dunque:

- a) di un eventuale contributo in corso d'opera, non superiore al 50 % del costo di costruzione dell'opera;
- b) di un prezzo di trasferimento, da pagare al termine del contratto, determinato in relazione al valore di mercato residuo

dell'opera e tenendo conto dell'importo già versato a titolo di canone di disponibilità e di eventuale contributo in corso d'opera.

Permane, quindi, il criterio della "proporzionalità" del canone parametrato all'effettiva disponibilità dell'opera con indicazione (nel capitolato di gara) dei criteri per la sua determinazione e la sua riduzione eventuale (v. il comma 9 già richiamato ed il comma 13). La durata del contratto viene determinata in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate.

Maggiormente dettagliata (nel D.Lgs. n. 36/2023) risulta la disciplina relativa all'assunzione del rischio da mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni o atti necessari per il compimento o la gestione dell'opera a seconda che essi siano a carico dell'ente concedente (il rischio in questo caso è carico del concedente stesso) ovvero di amministrazioni o autorità terze (in questo caso il rischio è a carico dell'operatore economico).

Come nel D.Lgs. n. 50/2016, le varianti possono essere proposte e decise direttamente dall'operatore economico che però dovrà comunicarle al concedente che si potrà opporre «qualora alterino le caratteristiche specifiche dell'opera indicate nel capitolato prestazionale» (anche se nel nuovo art. 197 non è indicato un termine esplicito per il concedente per proporre l'opposizione).

Prima della consegna dell'opera il concedente - «nei modi previsti dal contratto» - può controllare lo svolgimento dei lavori e anche lui proporre varianti o modifiche, con il medesimo limite di cui alle varianti proposte dall'operatore ossia sempre che «non alterino le caratteristiche specifiche dell'opera indicate nel capitolato prestazionale».

Ogni altra precisazione e regolamentazione trova il suo alveo nel contratto: precisazione ripetuta nell'articolo e riferita a più contesti (ad es. comma 7 «il contratto determina i modi di attribuzione alle parti degli eventuali oneri sopravvenuti, ecc.»).

Chiaro è il comma 11 nel prevedere che il contratto di disponibilità può essere sottoscritto solo dall'operatore economico in possesso dei **requisiti generali di qualificazione e di partecipazione alle procedure di affidamento** (con un richiamo implicito alle previsioni di cui al Capo II e III del D.Lgs. n. 36/2023).

Rispetto alla precedente disciplina, dunque, non troviamo, nel capitolo dedicato al contratto di disponibilità, un riferimento mirato alla procedura di gara, ma un dettagliato riferimento ai contenuti ed all'oggetto del contratto, ovviamente da coordinarsi con il contenuto del capitolato prestazionale.

Nel nuovo assetto del D.Lgs. n. 36/2023, la disciplina generale (di gara) dettata dall'art. 174 è applicabile, infatti, per tutti le fattispecie riconducibili al PPP come chiaramente indicato nel comma 3 del citato articolo: *«Il partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale comprende le figure della concessione, della locazione finanziaria e del contratto di disponibilità, nonché gli altri contratti stipulati dalla pubblica amministrazione con operatori economici privati che abbiano i contenuti di cui al comma 1 e siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela. L'affidamento e l'esecuzione dei relativi contratti sono disciplinati dalle disposizioni di cui ai Titoli II, III e IV della Parte II (forse si intendeva della parte V - n.d.r.). Le modalità di allocazione del rischio operativo, la durata del contratto di partenariato pubblico-privato, le modalità di determinazione della soglia e i metodi di calcolo del valore stimato sono disciplinate dagli articoli 177, 178 e 179».*

A queste disposizioni bisognerà, quindi, riferirsi per organizzare la procedura di gara per affidare un contratto di disponibilità.

“ **Il D.Lgs. 36/2023 si sofferma (art. 197) sulla definizione e sul contenuto proprio del contratto di disponibilità, rinviando per la procedura di gara alla regolamentazione generale prevista per tutte le figure di partenariato pubblico-privato (art. 174)** ”

### **3. PPP ad iniziativa privata: la proposta spontanea anche per il contratto di disponibilità**

Tra le disposizioni della Parte V "Altre disposizioni in materia di PPP" in tema di procedura l'**art. 198** del D.Lgs. n. 36/2023 precisa al comma 1 che *«Le proposte di cui all'articolo 193, comma 1, primo periodo, possono riguardare, in alternativa alla concessione, tutti i contratti di partenariato pubblico privato. ...»* ricalcando quanto già era previsto all'art. 183 del previgente D.Lgs. n. 50/2016, dedicato alla **proposta ad iniziativa del privato**, il cui comma 16 indicava che *«La proposta di cui al comma 15, primo periodo, può riguardare, in alternativa alla concessione, tutti i contratti di partenariato pubblico privato».*

La possibilità di presentare una proposta ad iniziativa del privato, che viene espressamente disciplinata dall'art. 193 del D.Lgs. n. 36/2023 per la finanza di progetto, può riguardare, quindi, in alternativa alla concessione, tutti i contratti di PPP, fra cui anche il "contratto di disponibilità".

Le indicazioni di cui all'art. 193 del D.Lgs. n. 36/2023 possono dunque esser mutate, ferme restando le differenziazioni desumibili dal combinato disposto con l'art. 197, per ripercorrere la disciplina relativa alla presentazione di una *proposta spontanea* per l'affidamento di un contratto di disponibilità.

In estrema sintesi, è prevista la possibilità per gli operatori economici di presentare alle amministrazioni proposte relative alla realizzazione di una concessione di lavori o di servizi, sia in relazione a progetti già presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione, sia per iniziative non presenti nei predetti strumenti di programmazione, ma proponendo modalità diverse di realizzazione.

È segnalata, inoltre, la possibilità per l'ente concedente di sollecitare i privati a farsi promotori di iniziative volte a realizzare i progetti compresi negli strumenti di programmazione (cfr. ultimo comma dell'art. 193).

#### **Ciascuna proposta dovrà contenere:**

- un progetto di fattibilità,
- una bozza di convenzione,
- il piano economico-finanziario asseverato e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione (il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese



sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno),

- la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione.

Nel caso del contratto di disponibilità, il **progetto di fattibilità** può intendersi sostituito dal capitolato (prestazionale) recante tutte le caratteristiche dell'opera ed i contenuti specificati nel già richiamato comma 9 dell'art. 197 D. Lgs. n. 36/2023.

La "**bozza di convenzione**", in cui viene disciplinato il rapporto contrattuale tra il concedente ed il concessionario per tutta la durata della concessione, rappresenta il nucleo centrale di tutte le relazioni contrattuali relative al progetto: è il documento che consente di delineare i contenuti e le modalità delle reciproche obbligazioni, anche finanziarie, delle parti del rapporto concessorio.

La "bozza di convenzione" *alias* "di contratto", oltre ad avere il contenuto tratteggiato nell'art. 197, servirà a delineare con maggior chiarezza il contenuto essenziale del Capitolato prestazionale (quindi le caratteristiche tecniche e funzionali che deve assicurare l'opera costruita, nonché le modalità per determinare la riduzione del canone di disponibilità, se l'opera dimostri, in sede di collaudo, di non rispondere pienamente al capitolato prestazionale, i parametri gestionali, oltre a rappresentare i meccanismi di applicazione delle penali, le ipotesi di risoluzione, l'assunzione dei rischi tc).

Il "**piano economico finanziario**" asseverato è correlato al progetto di fattibilità (ovvero al capitolato prestazionale) ed allegato alla bozza di convenzione/contratto, a dimostrazione dell'equilibrio economico e finanziario dell'investimento, da coordinare[nel caso del contratto di disponibilità]con la verifica della congruità del canone di disponibilità previsto per l'affidatario e con l'obbligo manutentivo dell'opera per la durata del rapporto (e comprensivo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta e dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'art. 2578 c.c.).

La specificazione delle "**caratteristiche del servizio**" offerto all'utenza e della gestione dell'opera [nel caso del contratto di disponibilità] risulterebbe già inserita nel capitolato prestazionale con indicazione dei "parametri gestionali".

Rispetto al D.Lgs. n. 50/2016, dunque, non sono più richieste a corredo della proposta la garanzia provvisoria e le dichiarazioni sul possesso dei requisiti del concessionario (che serviranno solo nella successiva fase di gara). Inoltre, tra le novità di maggior portata pratica introdotte dal D.Lgs. n. 36/2023, vale la pena segnalare quella disposta al comma 4 dell'articolo 193, a mente della quale la configurazione giuridica del soggetto proponente può essere modificata e integrata sino alla data di scadenza della presentazione delle offerte.

“**Come nella previgente disciplina è previsto che l'operatore privato possa presentare una proposta di propria iniziativa ai sensi dell'art. 193 D.Lgs. 36/2023 anche per l'affidamento di un contratto di disponibilità**”

#### 4. Conclusioni

La possibilità di unificare in un'unica procedura di affidamento le diverse attività di progettazione, realizzazione/costruzione e manutenzione dell'opera, avendo un unico interlocutore, porta per la parte pubblica ad un evidente semplificazione delle procedure (e riduzione degli oneri connessi) oltre che una riduzione dei tempi e dei rischi di potenziali contenziosi. In particolare, l'allocatione della gran parte dei rischi a carico del privato e la possibilità – per l'amministrazione - di non dover reperire fin dall'inizio le risorse finanziarie necessarie, cui si aggiunge una struttura contrattuale "aperta" a considerare ed esplicitare le esigenze specifiche della pubblica amministrazione, risultano elementi vantaggiosi per la parte concedente.

Di contro l'operatore privato a fronte del suo investimento e (dell'utilizzo) del suo *know how* per la realizzazione e la messa a disposizione di un'opera che per sua vocazione non risulterebbe idonea (da sola) a generare i ricavi necessari per assicurare il rientro dell'operazione, gode del beneficio di vedersi garantire dall'amministrazione un canone predeterminato nel tempo, ferma la messa a disposizione dell'opera con le caratteristiche funzionali prestabilite.

La scelta di tale forma di partenariato pubblico-privato sembrerebbe, dunque, idonea a velocizzare e semplificare la realizzazione di opere pubbliche, garantendo il contemperamento degli interessi pubblici-privati. In realtà, però, tale forma di "partenariato" non ha trovato nel tempo una concreta ed apprezzabile applicazione.

Da un lato, come tutte le forme di PPP, esso incontra la criticità di una disciplina ed un quadro normativo piuttosto complesso, cui si aggiunge (per l'amministrazione che vuole attivare la procedura) la difficoltà di poter garantire la redazione di documenti tecnici quali il capitolato prestazionale e il piano di fattibilità tecnico ed economico, ad esempio, che richiedono differenti, specifiche ed adeguate professionalità che sappiano lavorare in sinergia (non sempre presenti soprattutto in piccole amministrazioni). Dall'altro, la necessità del privato di acquisire un adeguato ritorno economico a fronte dei diversi compiti ed oneri a lui attribuiti dalla legge, potrebbe richiedere un impegno economico per l'amministrazione ritenuto non conveniente o sostenibile.

In questo quadro, i finanziamenti messi in campo per l'attuazione del Piano di Ripresa e Resilienza (**PNRR**) potrebbero d'altro canto costituire un incentivo ed una possibilità per le pubbliche amministrazioni per la realizzazione di opere a servizio della collettività, attraverso anche la scelta di procedure più rapide e coordinate con il supporto degli operatori privati.

L'utilizzo di una proposta (di contratto di disponibilità) ad iniziativa del privato, ad esempio, potrebbe consentire di superare tutta una serie di adempimenti di solito di competenza dell'amministrazione (nella procedura ordinaria), velocizzando ed unificando l'iter autorizzativo, di progettazione e realizzazione dell'opera in una sola procedura, a fronte di un corrispettivo che, grazie alle risorse oggi immesse nel sistema economico, potrebbe risultare effettivamente adeguato e sostenibile per il privato.

# Riepilogando... sugli adempimenti

di Alessandro Lattanzio



IL  
PUN  
TO

## 1. Il Fascicolo Virtuale e la Digitalizzazione: novità a partire dal 2024

La Delibera n.262 del 20 giugno 2023 definisce le funzioni del Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico ovvero, consentire alle Stazioni Appaltanti e agli Enti aggiudicatori l'acquisizione dei documenti a comprova del possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per l'affidamento dei contratti pubblici ed agli Operatori Economici di inserire a sistema tutti quei documenti la cui produzione è a proprio carico.

In maniera più dettagliata, così come richiamato dall'art 24 del d.lgs. 36/2023, il FVOE consente la verifica dell'assenza dei motivi di esclusione e del possesso dei requisiti di selezione in capo agli operatori economici partecipanti alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, agli ausiliari ed ai subappaltatori ed effettua il controllo della permanenza dei requisiti, in fase di esecuzione del contratto.

Conseguentemente in questo modo le stazioni appaltanti, gli enti certificanti, gli enti concedenti possano garantire la correttezza, la veridicità, la trasparenza dei dati e delle informazioni acquisite.

### 1.1 disposizioni precedenti...

L'aspetto tecnico ed attuativo del fascicolo virtuale dell'operatore economico fa sì che la stazione appaltante /ente aggiudicatore, acquisito il CIG, specifichi in Simog i requisiti speciali di partecipazione alla procedura e i relativi documenti a comprova indicando i soggetti abilitati a compiere le verifiche.

In una fase precedente alla pubblicazione della delibera n. 582 del 2023, l'operatore economico, effettuata la registrazione al servizio FVOE, una volta individuata la procedura di affidamento a cui intende partecipare, ottiene dal sistema un PASSOE da inserire nella busta contenente la documentazione amministrativa.

Inoltre, gli operatori economici, tramite un'area dedicata, inseriscono a sistema i documenti relativi alla dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico professionale che sono nella loro esclusiva disponibilità e, pertanto, non reperibili presso Enti certificatori.

### 1.2 ...FVOE 2.0

Ad oggi, con la piena acquisizione d'efficacia della disciplina sulla digitalizzazione con la delibera n. 582/2023 a partire dal 01/01/2024 tutte le fasi dalla programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione contrattuale, verranno gestite mediante piattaforme di approvvigionamento digitali certificate, pertanto, la stazione appaltante, ogni qual volta intenderà affidare un contratto di qualunque importo, dovrà ricorrere ad esse.

In base a quanto stabilito dalla delibera sono presenti due versioni del Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico: la versione 1.0 continua ad essere utilizzabile per tutte le procedure indette prima del 31 dicembre 2023; la versione 2.0 è utilizzabile per la verifica dei requisiti nelle procedure indette a partire dal 1° gennaio 2024 per il tramite della piattaforma dei contratti pubblici.

Nella nuova versione del FVOE 2.0 sono state introdotte importanti novità:

- è stato dismesso l'uso del PASSOE, che viene sostituito da un meccanismo di richiesta da parte della SA-approvazione da parte dell'OE dell'accesso ai documenti;

- l'accesso da parte della Stazione Appaltante può avvenire anche per il tramite di una Piattaforma Digitale di Approvvigionamento certificata per interoperare con la PCP;
- L'accesso degli utenti è consentito esclusivamente mediante l'uso di dispositivi di identità digitale di livello LoA3 (SPID di secondo livello e CIE). Per le sole Stazioni Appaltanti che accedono al FVOE tramite una Piattaforma Digitale di Approvvigionamento è possibile che siano previsti ulteriori strumenti di identità digitale di livello LoA3;
- Il FVOE 2.0 gestisce i profili di delega previsti dal comma 4 dell'art 15 del Codice degli Appalti. Il Responsabile di Progetto può delegare le funzionalità per la gestione delle fasi di programmazione, affidamento ed esecuzione rispettivamente ai seguenti soggetti: Responsabile fase di programmazione, Responsabile fase di affidamento, Responsabile fase di esecuzione;
- Il profilo di Responsabile Unico di Progetto e quelli di responsabili di fase delegabili possono essere acquisiti con il servizio di Registrazione e Profilazione Utenti. Agli utenti registrati e già in possesso di un profilo di responsabile unico del procedimento è stato attribuito d'ufficio anche il profilo di Responsabile Unico di Progetto utilizzabile sulla PCP.

A conclusione si può dire che, il nuovo sistema FVOE ha apportato minime modifiche ai processi già previsti e ai quali tutti gli attori del settore erano già abituati, staremo a vedere se all'attuazione lo strumento avrà la spinta innovativa necessaria per snellire i procedimenti di gara.

### 2. Verifiche dei requisiti per gli affidamenti entro i 40 mila euro: tra semplificazione, accelerazione e fiducia dell'azione amministrativa.

Rispetto alle norme previste per gli appalti sopra la soglia comunitaria, il D.Lgs. n. 36/2023 prevede una disciplina derogatoria a favore degli appalti ("semplificati") sottosoglia.

A tal proposito, relativamente agli adempimenti delle verifiche dei requisiti da espletare in capo all'aggiudicatario, l'articolo 52 del D.Lgs. 36/2023, denominato controllo sul possesso dei requisiti, dispone che: "nelle procedure di affidamento di cui all'articolo 50, comma 1,

lettere a) e b), di importo inferiore a 40.000 euro, gli operatori economici attestano con dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà il possesso dei requisiti di partecipazione e di qualificazione richiesti. La stazione appaltante verifica le dichiarazioni, anche previo sorteggio di un campione individuato con modalità predeterminate ogni anno”.

Per queste tipologie di affidamenti, quindi, la stazione appaltante non dovrà verificare sempre in modo sistematico il possesso dei requisiti dell'affidatario, ma dovrà, pertanto, acquisire attraverso una semplice dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà la sussistenza dei requisiti di ordine generale e speciale richiesti per l'affidamento. Resta ferma la possibilità, da parte degli operatori economici, di autodichiarare il possesso dei requisiti attraverso l'utilizzo del formulario DGUE oppure, semplicemente, tramite una propria autodichiarazione.

Questo tipo di controllo sul possesso dei requisiti è ancora più semplificato rispetto a quanto già previsto dalle linee guida ANAC n. 4 per affidamenti di importo inferiore ai 40.000 euro, il quale prevedeva un regime di alleggerimento delle verifiche suddividendole in tre distinte fasce, a seconda dell'importo: fino a 5.000,00 euro; superiore ai 5.000 ed inferiore ai 20.000 euro; superiore ai 20.000 euro fino a 40.000 euro.

I controlli da parte del RUP aumentavano via via gli importi crescevano, pertanto, il RUP veniva chiamato a fare verifiche più approfondite a seconda dell'importo dell'affidamento.

Oggi, invece, ogni Stazione Appaltante, al fine di garantire la massima trasparenza nel proprio operato, deve dotarsi di un proprio regolamento nel quale deciderà le modalità del sorteggio degli operatori economici da verificare.

Questa pratica è stata attuata anche in applicazione del principio di fiducia dettato dall'art. 2 del nuovo codice e quindi riferibile ad una reciproca collaborazione tra i funzionari della pubblica amministrazione e gli operatori economici. Si veda a tal proposito la relazione che accompagna il codice dove viene descritta perfettamente la ratio di tale principio. Principio che tende a rendere più celere e più responsabile l'azione amministrativa. Tale principio è strettamente collegato con il principio del risultato, ossia il

raggiungimento dell'interesse pubblico primario che si realizza con l'affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima tempestività e miglior rapporto qualità/prezzo sempre nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

Ma cosa succede se nel corso delle verifiche a campione ci si accorge che l'operatore economico non possiede i requisiti autodichiarati?

Lo stesso articolo 52, al comma 2 prevede che “quando in conseguenza della verifica non sia confermato il possesso dei requisiti generali o speciali dichiarati, la stazione appaltante procede alla risoluzione del contratto, all'escussione della eventuale garanzia definitiva, alla comunicazione all'ANAC e alla sospensione dell'operatore economico dalla partecipazione alle procedure di affidamento indette dalla medesima stazione appaltante per un periodo da uno a dodici mesi decorrenti dall'adozione del provvedimento”.

### **3. MOP-BDAP (Monitoraggio Opere Pubbliche)**

Il sistema di Monitoraggio Opere Pubbliche della Banca Dati delle Amministrazioni Pubbliche (BDAP-MOP) ha l'obiettivo di raccogliere tutte le informazioni necessarie per tracciare il ciclo della spesa delle opere pubbliche in Italia.

Il D. Lgs. 229/2011 ha dettato le procedure di monitoraggio sullo stato di attuazione delle opere pubbliche e l'utilizzo dei finanziamenti, finalizzato a migliorare la gestione delle risorse finanziarie e ad aumentare la conoscenza e la trasparenza complessiva del settore.

Oggetto di monitoraggio sono gli interventi di realizzazione di lavori pubblici (opere ed impiantistica), identificati da CUP, esclusi quelli di manutenzione ordinaria, in corso di esecuzione o avviati successivamente alla data del 21/02/2012 o, in seconda istanza, del 01/01/2016, considerando che tali date dipendono dal sorgere dell'obbligo di adempimento al monitoraggio da parte del soggetto titolare dell'intervento stesso.

Infatti:

- se il soggetto titolare dell'intervento è tenuto al monitoraggio fin dalla fase del suo avvio la data di riferimento è il 21/02/2012;



- se il soggetto titolare dell'intervento è tenuto al monitoraggio a seguito dell'ampliamento dell'ambito soggettivo la data di riferimento è il 01/01/2016.

Il monitoraggio interessa tutti quegli interventi che alle date su indicate siano ancora attivi, sia a livello di cantiere che a livello di contabilità.

Sono oggetto di monitoraggio gli interventi di realizzazione di lavori pubblici finanziati sia con risorse pubbliche (statali, regionali, comunali, ecc.), private e miste (es. Partenariato Pubblico Privato), mentre non sono oggetto di monitoraggio gli interventi finanziati o cofinanziati tramite fondi europei o tramite il Fondo per lo sviluppo e la coesione (FSC-ex FAS), in quanto monitorati attraverso la Banca Dati Unitaria (BDU) presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze - Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato e tutti gli interventi finanziati dal PNRR.

Il responsabile unico delle comunicazioni dell'amministrazione ha l'obbligo di monitorare, ampliare ed aggiornare periodicamente (entro il mese successivo ad ogni trimestre) le informazioni della relativa opera sulla piattaforma MOP-BDAP, inserendo nelle varie sezioni di competenza le informazioni richieste che si sono realizzate nel periodo di interesse.

I due elementi essenziali attraverso cui si alimentano le informazioni alla Banca Dati del MEF sono il CUP ed il CIG. A tal proposito si fa riferimento alla Circolare MEF del 2014, attuativa ed esplicativa delle previsioni di cui alla legge n. 196/2009 e al d.lgs. 229/2011.

I dati del monitoraggio sono accessibili a tutti i soggetti interessati attraverso l'accesso libero al web.

Infine, la riforma della disciplina sull'anticorruzione e la trasparenza (L.190/2012) ha previsto la possibilità di pubblicare i dati relativi alle opere pubbliche attraverso BDAP, in particolare, gli enti adempiono alla normativa pubblicando un link nella sezione "Amministrazione trasparente" del proprio sito istituzionale che rimanda alla pagina dell'ente su OpenBDAP.

# La proroga ed il rinnovo contrattuale anche con riferimento all'assenza di iniziative attive da parte del Soggetto aggregatore. Giurisprudenza a confronto

di Corradi Beatrice

IL  
PUN  
TO

## 1. Finalità e presupposti del rinnovo e della proroga tecnica e contrattuale

Negli appalti pubblici la proroga ed il rinnovo hanno elementi e finalità ben precise. La proroga ha caratteri di temporaneità e imprevedibilità e rappresenta uno strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale a un altro e la giurisprudenza, come è possibile verificare, da molti anni ne ha analizzato i presupposti al fine del corretto inquadramento.

Gli istituti del rinnovo e della proroga dei contratti non comportano alcun spazio per l'autonomia contrattuale delle parti in quanto vige il principio inderogabile, fissato dal legislatore per ragioni di interesse pubblico, in forza del quale, salve espresse previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa euro unitaria, l'amministrazione, una

volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara pubblica" (Cons. Stato, V, n. 4192 del 2013).

L'art. 120 del D.lgs. n. 36/2023 al comma 10 si riferisce esclusivamente all'opzione di proroga preventivamente prevista nei documenti di gara; il successivo comma 11 disciplina invece la proroga del contratto funzionale al completamento della procedura di gara finalizzata alla scelta del nuovo appaltatore (proroga "tecnica"). A fronte del principio generale del divieto di proroga dei contratti pubblici, vi è la residuale facoltà, da parte della stazione appaltante, di ricorrere all'opzione di proroga cd. tecnica, ovvero quella diretta a consentire la mera prosecuzione del rapporto contrattuale in corso, nelle more dell'espletamento di una nuova procedura di gara.

**La proroga c.d. "tecnica" sussiste nel caso in cui la durata del contratto venga modificata dall'Amministrazione, per cause ad essa non imputabili, allo scopo di garantire la continuità di un servizio essenziale, nelle more della conclusione della procedura di gara per scegliere il nuovo contraente, la quale deve essere bandita prima dell'originaria scadenza contrattuale.**

La proroga deve risultare espressamente contenuta entro i termini necessari alla conclusione delle procedure, emergendo di conseguenza la natura meramente strumentale e quindi "tecnica", della medesima.

**La proroga c.d. "contrattuale" è così definita poiché trova la sua fonte nella *lex specialis* di gara e/o nel contratto, rappresenta una circostanza negoziale già preventivata dall'Amministrazione e nota all'operatore economico contraente.**

La proroga "tecnica" nel nuovo Codice ha una collocazione autonoma e diversa dalla proroga "contrattuale", conseguente all'esercizio dell'opzione, purché concorrano una serie di condizioni "limitative", come, tra l'altro, la giurisprudenza nel tempo ha affermato.

La proroga "tecnica" è circoscritta:

- a ipotesi eccezionali, in cui sussistano oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della procedura di gara;
- ad una durata commisurata al tempo strettamente necessario per giungere a tale conclusione;
- al fatto che l'interruzione delle prestazioni potrebbe determinare situazioni di pericolo per persone, animali o cose o per l'igiene pubblica o ancora un grave danno dell'interesse pubblico.

La proroga del contratto, infatti, ha la mera funzione di spostare in avanti la scadenza conclusiva del rapporto mantenendo inalterato il regolamento negoziale, a differenza del rinnovo, al contrario, che realizza una nuova negoziazione tra i medesimi soggetti con un rinnovato esercizio dell'autonomia negoziale (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 8 agosto 2018, n. 4867).

L'opzione di proroga tecnica deve essere stata prevista nell'originario bando di gara e di conseguenza nel contratto di appalto.

**“La proroga "tecnica", ai sensi dell'art. 120 del Dlgs. 36/2023, è circoscritta a ipotesi eccezionali, in cui sussistano oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della procedura di gara, ad una durata commisurata al tempo strettamente necessario per giungere a tale conclusione, al fatto che l'interruzione delle prestazioni potrebbe determinare situazioni di pericolo per persone, animali o cose o per l'igiene pubblica o ancora un grave danno dell'interesse pubblico.”**

Nell'ipotesi di proroga contrattuale vi è una integrale conferma delle precedenti condizioni con il solo effetto del differimento del termine finale del rapporto, per il resto regolato dall'atto originario; mentre ricorre l'ipotesi di rinnovo, quando interviene una nuova negoziazione tra i medesimi soggetti che si conclude con una modifica delle precedenti condizioni (*ex multis* Cons. Stato, sez. III, n. 5059 del 2018; Cons. Stato, sez. VI, n. 3478 del 2019; Cons. Stato, sez. VI, n. 8219 del 2019; Cons. Stato, sez. V, n. 3874 del 2020).

Il rinnovo si contraddistingue per la rinegoziazione del complesso delle condizioni del contratto originario: le parti, attraverso specifiche manifestazioni di volontà, hanno dato corso a distinti, nuovi ed autonomi rapporti giuridici, anche se di contenuto analogo a quello originario.

L'assenza della negoziazione è qualificabile come proroga contrattuale, ove l'accordo tra le parti è limitato a pattuire il differimento del termine finale del rapporto, che continua ad essere regolato dall'atto originario (Cons. Stato, sez. V, 3874 del 2020, Cons. Stato, sez. III, 24.3.2022, n. 2157).

La proroga deve risultare espressamente contenuta entro i termini necessari alla conclusione delle procedure, in tal modo palesemente emergendo la natura meramente strumentale e quindi "tecnica" della medesima.

E' stato, infatti, precisato che: "Il rinnovo contrattuale si contraddistingue, sul piano sostanziale, per la rinegoziazione del complesso

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

**“ A fronte del principio generale del divieto di proroga dei contratti pubblici, vi è la residuale facoltà, da parte della stazione appaltante, di ricorrere all'opzione di proroga cd. tecnica, ovvero quella diretta a consentire la mera prosecuzione del rapporto contrattuale in corso, nelle more dell'espletamento di una nuova procedura di gara. ”**

**2. Il Dlgs. 36/2023 art. 120, commi 10 e 11, in merito alla tipologia di proroga a cui ricorrere. Gli strumenti amministrativi da adottare, a cura degli enti aderenti, in caso di non conclusione di procedure centralizzate**

Il codice degli appalti, Dlgs. 36/2023, stabilisce, al richiamato art. 120, commi 10 e 11:

*"Nel caso in cui nel bando e nei documenti di gara iniziali sia prevista un'opzione di proroga il contraente originario è tenuto a eseguire le prestazioni contrattuali ai prezzi, patti e condizioni stabiliti nel contratto o, se previsto nei documenti di gara, alle condizioni di mercato ove più favorevoli per la stazione appaltante.*

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

Nel primo caso si tratta di una proroga contrattuale a condizioni anche più favorevoli, come disposto nel bando o nei documenti di gara, nel secondo caso, invece, si tratta di una proroga tecnica condizionata da elementi oggettivi al fine della tutela dell'interesse pubblico e della tutela di valori di rilievo generale (quali l'igiene e la sicurezza) alle medesime condizioni economiche.

Nel caso di procedure centralizzate le quali non si sono concluse, gli enti aderenti, nelle more dell'esperimento delle procedure, devono adottare soluzioni al fine di dare continuità alle attività, nel rispetto dei principi e delle finalità connesse agli strumenti ed agli istituti amministrativi applicabili. Come ha affermato ANAC nella delibera numero 315 del 6 luglio 2022: "In assenza di iniziative attive, se il Soggetto Aggregatore di riferimento ha in programma un'iniziativa che tuttavia è in fase di avvio e comunque non è ancora perfezionata, è possibile ricorrere a varie fattispecie: a) stipula di un "contratto ponte" ai sensi dell'art. 57 comma 2, lett. c) del d.lgs. 163/2006 (procedura negoziata senza pubblicazione di bando) per lo stretto tempo necessario all'avvenuta attivazione del contratto da parte del Soggetto Aggregatore di riferimento o Consip, eventualmente inserendo clausola di autotutela che consenta di risolvere il contratto anticipatamente; b) stipula di un "contratto ponte", nel caso in cui il contratto in scadenza lo avesse previsto, ai sensi dell'art. 57 comma 5 lett. b) del d.lgs. 163/2006 per la ripetizione di servizi analoghi, per lo stretto tempo necessario all'avvenuta attivazione del contratto da parte del Soggetto Aggregatore di riferimento o Consip, eventualmente inserendo clausola di autotutela che consenta di risolvere il contratto anticipatamente; c) proroga del contratto, nel caso in cui vi sia espressa previsione nel bando di gara iniziale (con procedura aperta o ristretta) e nei

termini in esso disciplinati, e comunque non oltre la data di attivazione del contratto da parte del Soggetto Aggregatore di riferimento o di Consip”.

Vi è quindi un margine di discrezionalità in capo agli enti per individuare la modalità di approvvigionamento del servizio di loro diretta pertinenza, nelle more del perfezionamento delle procedure di gara da parte dei Soggetti Aggregatori.

L’Autorità e la giurisprudenza amministrativa hanno evidenziato, in ogni caso, come in materia di proroga dei contratti pubblici di appalto (come per il rinnovo) non vi sia alcuno spazio per l’autonomia contrattuale delle parti, in quanto vige il principio inderogabile, fissato dal legislatore, per ragioni di interesse pubblico, in forza del quale, salve esposte previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa comunitaria, l’amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara pubblica (cfr. ex multis Consiglio di Stato, sez. V, 20 agosto 2013, n. 4192).

**“ Vi è un margine di discrezionalità in capo agli enti per individuare la modalità di approvvigionamento del servizio di loro diretta pertinenza, nelle more del perfezionamento delle procedure di gara da parte, ad esempio, dei Soggetti Aggregatori; qualora si ricorra alla proroga contrattuale l’Amministrazione deve essere consapevole che ha adottato uno strumento eccezionale e limitato nella durata. Infatti, reiterate proroghe tecniche di fatto si concretizzano in un affidamento senza gara ”**

L’Autorità e la giurisprudenza hanno individuato i limiti di applicabilità della proroga tecnica, la quale ha carattere eccezionale e di temporaneità, essendo uno strumento volto esclusivamente ad assicurare una data prestazione, fornita da quell’operatore economico, in favore della pubblica

amministrazione, nelle more della conclusione di altra procedura. Infatti, le ipotesi nelle quali la proroga può ritenersi ammessa, in ragione del principio di continuità dell’azione amministrativa, sono ristrette a casi limitati ed eccezionali nei quali, per ragioni obiettivamente non dipendenti dall’amministrazione, vi sia l’effettiva necessità di assicurare il servizio nelle more del reperimento, con le ordinarie procedure, di un nuovo contraente (Deliberazione 6 ottobre 2011, n. 86; in giurisprudenza, Consiglio di Stato, V, 11 maggio 2009, n. 2882, Consiglio di Stato, V, 7 aprile 2011, n. 2151).

La giurisprudenza ha evidenziato come per effetto dell’applicazione dei principi comunitari, la proroga può essere concessa, infatti, esclusivamente al fine di evitare l’interruzione delle attività in atto, per il solo tempo necessario a consentire l’espletamento della procedura di evidenza pubblica (Consiglio di Stato, sez. V, n. 2151/2011). La proroga tecnica è subordinata alla presenza di caratteri di stretta necessità e funzionalità alla stipulazione di un nuovo contratto.

Affinché la proroga tecnica sia legittima, devono ricorrere i seguenti presupposti: - la proroga deve rivestire carattere eccezionale, utilizzabile solo quando non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali, nei soli e limitati casi in cui vi sia l’effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente (Cfr. Cons. St., V, 11.5.2009 n. 2882; delibere Anac n. 36 del 10.9.2008; n. 86/2011; n. 427 del 2.5.2018); - la proroga è ammessa solo quando ha carattere temporaneo, rappresentando uno strumento finalizzato esclusivamente ad assicurare il passaggio da un vincolo contrattuale ad un altro (c.d. contratto ponte); - la nuova gara deve essere già stata avviata al momento della proroga (Parere Anac AG n. 33/2013); - l’amministrazione non deve rendersi responsabile di ritardi nell’indizione della procedura di selezione del nuovo affidatario.

Reiterate proroghe tecniche di fatto si concretizzano in un affidamento senza gara che comporta la violazione dei principi di libera concorrenza e di parità di trattamento.

Il dilatarsi della tempistica per la predisposizione dei documenti di gara, che ritarda l’avvio della procedura (anche centralizzata) rispetto a quanto previsto negli atti di programmazione, non risulta in linea con il principio di tempestività enunciato



dall'art. 30 del d.lgs. 50/2016, corollario del principio di buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione.

In linea generale l'uso improprio di proroghe contrattuali, al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, configura una violazione delle disposizioni vigenti in materia di approvvigionamento di beni, servizi e lavori, in quanto la proroga costituisce un rimedio eccezionale.

**“ La proroga è ammessa solo quando presenta i seguenti elementi: ha carattere temporaneo, rappresentando uno strumento finalizzato esclusivamente ad assicurare il passaggio da un vincolo contrattuale ad un altro (c.d. contratto ponte); la nuova gara deve essere già stata avviata al momento della proroga; l'amministrazione non è responsabile di ritardi nell'indizione della procedura di selezione del nuovo affidatario. ”**

L'Autorità sul tema ha espresso il proprio orientamento, già da molto tempo, per ciò che concerne la c.d. "proroga tecnica", (cfr. Delibere nn. 6/2013 e 1/2014, Comunicato del Presidente del 4.11.2015, sull'utilizzo improprio delle proroghe/rinnovi di contratti pubblici) e della consolidata giurisprudenza, che ammettono la proroga tecnica solo in via del tutto eccezionale, poiché costituisce una violazione dei principi comunitari di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, riconducendo la proroga ad «una prassi amministrativa, in via del tutto eccezionale, in considerazione della necessità - riscontrata e adeguatamente ponderata nella circostanza concreta - di evitare un blocco dell'azione amministrativa, ma tenendo presente che essa, in generale, comporta una compressione dei principi di libera concorrenza.

La proroga è quindi uno strumento di transizione per qualche mese di ritardo determinato da fatti imprevedibili, per il tempo strettamente necessario ad espletare la nuova procedura e non

deve diventare un ammortizzatore pluriennale di inefficienze di programmazione (Delibera Anac n. 882 del 25 settembre 2019): ripetuti atti di proroga, non trovano giustificazione, configurandosi essi come autentici rinnovi vietati dall'ordinamento.

L'affidamento senza una procedura competitiva deve essere equiparato ad un regime di proroga diretta che non trova fondamento nel quadro normativo: le proroghe dei contratti affidati con gara, infatti, sono consentite se già previste ab origine e comunque entro termini determinati, mentre una volta che il contratto scada e si proceda ad una proroga non prevista originariamente, o oltre i limiti temporali consentiti la stessa proroga può essere equiparata ad un affidamento senza gara. La proroga costituisce strumento del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali (Consiglio Stato, III, n. 1521 del 2017).

La proroga è certamente un istituto ammissibile, ancorato al principio di continuità dell'azione amministrativa (ex art. 97 Cost.), ma nei soli limitati ed eccezionali casi in cui, per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'amministrazione, vi sia l'effettiva necessità di assicurare il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente (ex multis, Cons. Stato, V, n. 2882 del 2009). Pertanto, la natura eccezionale dell'istituto (ex multis, Cons. Stato, V, 29 maggio 2019, n. 3588) impedisce di estenderne la portata al di là dell'immediata formulazione delle disposizioni.

# Ecco il calendario formativo dei prossimi mesi

MEDIACONSULT E' PROVIDER C.N.I. - I NOSTRI CORSI SONO ACCREDITATI PER IL RILASCIO DEI CREDITI FORMATIVI

## ALTA FORMAZIONE

### Analisi completa del codice

**Il nuovo codice dei Contratti Pubblici in Italia 2024**

**20 crediti formativi C.N.F.**

WEBINAR - 15 incontri

Data inizio: 11 Marzo

**Il nuovo codice dei Contratti Pubblici in Sardegna 2024**

**20 crediti formativi C.N.F.**

WEBINAR / IN PRESENZA - 13 incontri

Data inizio: 18 Marzo

### *Incontra gli Autori del Codice - percorsi completi*

**Il Codice dei Contratti nella fase di attuazione**

CAGLIARI - 3 incontri: 09 Aprile, 14 Maggio, 21 Maggio

### *Incontra gli Autori del Codice - lezioni singole*

**Come gestire una procedura di gara**

ROMA - 04 Aprile

**I protagonisti della procedura di gara. Focus sul RUP**

CAGLIARI - 09 Aprile

**Le modifiche contrattuali durante il periodo di efficacia**

ROMA - 18 Aprile

**Analisi dei contratti sotto soglia**

CAGLIARI - 14 Maggio

**Le modifiche contrattuali**

CAGLIARI - 21 Maggio

## APPALTI PUBBLICI

### *Percorsi Base*

**L'ABC degli appalti pubblici**

WEBINAR - 3 incontri: 7, 10, 14 Maggio

### *Focus di approfondimento*

**Focus su Servizi e Forniture**

WEBINAR - 3 incontri: 6, 7, 13 Maggio

**Focus su Lavori Pubblici**

WEBINAR - 3 incontri: 20, 27 Maggio, 3 Giugno

### *Il nuovo Codice e la Giurisprudenza*

**Il Codice dei contratti: le novità alla luce della prima casistica giurisprudenziale e della digitalizzazione**

WEBINAR - 22 Aprile

**Il nuovo Codice dei contratti pubblici alla luce della prima giurisprudenza**

FIRENZE - 22 Aprile, ANCONA - 27 Maggio

### *La Digitalizzazione: le novità prevalenti*

**La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti.**

**Cosa è cambiato dal 1 Gennaio 2024**

WEBINAR - 17 Aprile

### *Il MEPA nell'era della Digitalizzazione - percorso completo*

**La digitalizzazione e il MePA: le nuove funzionalità e una guida pratica per gestire affidamenti diretti, procedure negoziate e gare sopra soglia.**

WEBINAR - 3 incontri:

25 Marzo, 15 Aprile, 06 Maggio

### *Il MEPA nell'era della Digitalizzazione - lezioni singole*

**La gestione degli affidamenti diretti tramite il MePA Consip**

WEBINAR - 25 Marzo

**La gestione delle Procedure Negoziato attraverso il MePA Consip.**

WEBINAR - 15 Aprile

**La gestione delle procedure sopra soglia tramite gli strumenti Consip**

WEBINAR - 06 Maggio

# Ecco il calendario formativo dei prossimi mesi

MEDIACONSULT E' PROVIDER C.N.I. - I NOSTRI CORSI SONO ACCREDITATI PER IL RILASCIO DEI CREDITI FORMATIVI

## APPALTI PUBBLICI

### *La Digitalizzazione e le novità sugli adempimenti*

#### **Gli adempimenti pre e post-aggiudicazione**

WEBINAR - 2 incontri: 22, 26 Marzo

#### **L'attività di verifica dei requisiti: le modalità operative, il FVOE e gli aspetti più controversi**

WEBINAR - 22 Marzo

#### **Corso pratico sul monitoraggio delle opere pubbliche (BDAP)**

WEBINAR - 26 Marzo

### *I contratti sottosoglia*

#### **Tutti i cambiamenti del nuovo codice nelle procedure sottosoglia**

WEBINAR - 15 Marzo, BOLOGNA - 21 Marzo,

TRIESTE - 18 Aprile

### *Atti di gara, GOEPV, e novità*

#### **Tecniche di redazione dei provvedimenti amministrativi**

WEBINAR - 25 Marzo, CAGLIARI - 5 Aprile

#### **Tecniche di redazione dei capitolati di servizi e forniture**

WEBINAR - 2 incontri: 05, 11 Aprile

#### **Come gestire una procedura di gara**

WEBINAR - 29 Aprile, CAGLIARI - 3 Maggio

#### **La gara con l'offerta economicamente più vantaggiosa**

WEBINAR - 24 Maggio

### *RUP e i soggetti della procedura di gara*

#### **RUP, DEC e commissione di gara negli appalti di servizi e forniture alla luce del nuovo codice dei contratti**

WEBINAR - 2 incontri: 3, 4 Giugno

### *Società Pubbliche e Settori Speciali*

#### **La gestione delle procedure di gara nelle Società Pubbliche**

WEBINAR - 3 incontri: 08, 12, 15 Aprile

#### **La disciplina sui settori speciali**

WEBINAR - 2 incontri: 13, 20 Maggio

## PROJECT MANAGEMENT

#### **Corso base di Project Management**

ROMA - 3 incontri - Data inizio: 10 Aprile

WEBINAR - 6 incontri - Data inizio: 27 Maggio

#### **Corso avanzato di Project Management**

WEBINAR - 8 incontri - Data inizio: 10 Maggio

## ORGANIZZAZIONE E PERSONALE

#### **La revisione obbligatoria dei sistemi di misurazione e valutazione delle performance nelle Pubbliche Amministrazioni**

WEBINAR - 14 Maggio

#### **Il valore pubblico nella P.A.**

WEBINAR - 27 Maggio

#### **L'implementazione di modelli organizzativi agili e resilienti. L'organizzazione delle forme di lavoro a distanza nelle P.A.**

WEBINAR - 10 Giugno

#### **Le azioni positive per promuovere comportamenti corretti, valorizzare la diversità e garantire l'inclusione**

WEBINAR - 24 Giugno

Elenco in fase di aggiornamento

**Dove indicato i corsi si terranno in presenza**

**Per maggiori informazioni e date aggiornate visita il nostro sito [www.mediaconsult.it](http://www.mediaconsult.it)**

# Pareri & Sentenze

PARERI  
E SEN  
TENZE

## Consiglio di Stato, Sez. V, 27/2/2024, n. 1924

*Tra principio del risultato e principio della fiducia*

“...nonostante la procedura sia stata indetta nella vigenza del d.lgs. 50/2016, che l’operato della stazione appaltante è perfettamente in linea col principio del risultato previsto dall’art. 1 del d.lgs. 36/2023. Questa Sezione ha già utilizzato disposizioni del d.lgs. 36/2023 come supporto interpretativo idoneo a risolvere controversie inerenti il d.lgs. 50/2016 (Consiglio di Stato, Sez. V, 9 giugno 2023, n. 5665). L’art. 1 è collocato in testa alla disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici ed è principio ispiratore della stessa, sovraordinato agli altri. Si tratta di un principio considerato quale valore dominante del pubblico interesse da perseguire attraverso il contratto e che esclude che l’azione amministrativa sia vanificata ove non si possano ravvisare effettive ragioni che ostino al raggiungimento dell’obiettivo finale che è:

- a) nella fase di affidamento giungere nel modo più rapido e corretto alla stipulazione del contratto;
- b) nella fase di esecuzione (quella del rapporto) il risultato economico di realizzare l’intervento pubblico nei tempi programmati e in modo tecnicamente perfetto.

Il richiamo operato dall’appellante al principio della fiducia di cui all’art. 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici (pagina 7 della memoria depositata il 10 ottobre 2023), più che avallare le tesi della medesima appellante, le confuta. L’affermazione secondo cui “il legislatore ha inteso valorizzare il comportamento legittimo, trasparente e corretto dell’amministrazione e degli operatori economici, che si presume tale, e che non si fonda più sul “sospetto” è del tutto corretta. L’appellante, però, da tale corretta premessa non trae altrettanto corrette conclusioni. Il principio della fiducia di cui all’art. 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile. Il principio del risultato e quello della fiducia sono avvinti inestricabilmente: la gara è funzionale a portare a compimento l’intervento pubblico nel modo più rispondente agli interessi della collettività nel pieno rispetto delle regole che governano il ciclo di vita dell’intervento medesimo.”

**TAR Roma, Sez. I-quater, 26/02/2024, n. 3811**

*Accesso agli atti: la disciplina della tutela dei segreti tecnici e commerciali nel nuovo codice dei contratti pubblici*

L'art. 36, co.2, del d.lgs. n. 36/2023 "si inserisce, infatti, all'interno di una più articolata disposizione che detta le regole procedurali (e processuali) dell'istituto delineato dal nuovo codice dei contratti pubblici, imponendone una lettura sistematica, che armonizzi l'indubbia semplificazione procedimentale determinata dall'utilizzo delle piattaforme telematiche di negoziazione con un'invariata tutela dei segreti tecnici e commerciali, alla quale sono dedicati i successivi commi. L'accoglimento delle eventuali "richieste di oscuramento di parti delle offerte" produce, evidentemente, effetti nei confronti di tutti i concorrenti e, quindi, anche per i primi cinque in graduatoria, ancorché ciascuno di essi goda di un canale più veloce per l'accesso alla documentazione degli altri quattro, ma pur sempre "al netto" dei segreti tecnici e commerciali. A ben vedere, il medesimo art. 36 richiamato dal ricorrente, all'ultimo comma, prevedendo che il dies a quo per impugnare l'aggiudicazione decorre "comunque" dalla comunicazione di cui all'art. 90, offre anche argomenti per un ridimensionamento dell'interesse all'accesso una volta che siano spirati i termini per contestare in giudizio l'aggiudicazione, così superando definitivamente la tesi, fatta propria dal ricorrente nella memoria di replica, che "la consumazione del termine decadenziale di impugnazione e il consolidamento degli atti di gestione della gara potrebbero non verificarsi laddove risulti pendente un'istanza di accesso tempestivamente presentata e concretamente idonea a determinare una dilazione temporale, la quale si verifica nel caso in cui i motivi di ricorso conseguano effettivamente alla conoscenza dei documenti richiesti".

**Consiglio di Stato, Sez. V, 21/02/2024, n. 1745**

*Sulla natura intellettuale di un servizio*

"La natura intellettuale o meno del servizio dipende infatti dalle sue (oggettive) caratteristiche intrinseche, di talché "Per servizi di natura intellettuale si devono intendere quelli che richiedono lo svolgimento di prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale, costituenti ideazione di soluzioni o elaborazione di pareri, prevalenti nel contesto della prestazione erogata rispetto alle attività materiali e all'organizzazione di mezzi e risorse; al contrario va esclusa la natura intellettuale del servizio avente ad oggetto l'esecuzione di attività ripetitive che non richiedono l'elaborazione di soluzioni personalizzate, diverse, caso per caso, per ciascun utente del servizio, ma l'esecuzione di meri compiti standardizzati" (Cons. Stato, III, 28 ottobre 2022, n. 9312; IV, 22 ottobre 2021, n. 7094)."

**Consiglio di Stato, Sez. V, 15/02/2024, n. 1510**

*Servizi analoghi e servizi identici: Differenze*

"La giurisprudenza ha in più occasioni precisato con riferimento ai 'servizi analoghi', che "tale nozione – la cui ratio sta nel perseguire un opportuno temperamento tra l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato e il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche – consente la spendibilità dei servizi rientranti nel medesimo settore imprenditoriale o professionale cui afferisce l'appalto, cosicché possa ritenersi che grazie ad esso il concorrente abbia maturato la capacità di svolgere quest'ultimo "(Cons. Stato, sez. V, 18 marzo 2019, n. 1736)". Più in particolare: "Per servizi 'analoghi' non si intende servizi 'identici', essendo necessario ricercare elementi di similitudine tra i servizi presi in considerazione, che possono scaturire solo



dal confronto tra le prestazioni oggetto dell'appalto da affidare e le prestazioni oggetto dei servizi indicati dai concorrenti (Cons. Stato, sez. IV, 11 maggio 2020, n. 2953). Tale interpretazione contempera l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato con il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche, sicché, al fine di verificare la sussistenza del requisito di capacità tecnico professionale, la verifica delle attività pregresse va fatta in concreto, tenendo conto del contenuto intrinseco delle prestazioni, nonché della tipologia e dell'entità delle attività eventualmente coincidenti (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 2017, n. 1608; Cons. Stato, Sez.V, 28 luglio 2015, n. 3717).

È indirizzo consolidato che l'interpretazione della *lex specialis* di gara deve essere condotta secondo criteri di ragionevolezza e di proporzionalità, in modo da escludere soluzioni interpretative eccessivamente restrittive e con un effetto sostanzialmente anticoncorrenziale, e ciò in omaggio al pacifico insegnamento della giurisprudenza che impone, in caso di dubbi esegetici, la soluzione che consenta la massima partecipazione alla gara. Ne consegue che i concetti di 'servizio analogo' va inteso non come identità, ma come mera similitudine tra prestazioni richieste, tenendo conto che l'interesse pubblico sottostante non è certamente la creazione di una riserva a favore degli imprenditori già presenti sul mercato ma, al contrario, l'apertura del mercato attraverso l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di 'affidabilità'. All'opposto, la nozione di 'servizi identici' individua una 'categoria chiusa di prestazioni aventi medesima consistenza di tipo e funzione, sì da collidere con il precetto conformante le procedure di gara inteso a garantire la massima partecipazione delle imprese operanti nel medesimo segmento di mercato'(Cons. Stato, sez.V, 23 novembre 2016, n. 4908)": [così Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2023, n. 564];"

#### **TAR Lazio, Roma, Sez. II-Ter, 15/2/2024, n. 3093**

*Presupposti che legittimano l'utilizzo della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando ex art. 76, d.lgs. 36/2023 per ragioni di estrema urgenza*

"... l'art. 76 del d.lgs. n. 36\2023 ha sostanzialmente riprodotto, al comma 3 lettera c), il contenuto dell'art. 63 del d.lgs. n. 50\2016. La norma del nuovo Codice dispone infatti, per quanto qui interessa, che uno dei casi in cui è consentita la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando è quella per cui essa occorra "c) nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dalla stazione appaltante, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati; le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non devono essere in alcun caso imputabili alle stazioni appaltanti."

Così disponeva anche l'art. 63 del d.lgs. n. 50\2016, per cui la procedura negoziata poteva essere esperita "c) nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. E' infatti nota la portata eccezionale della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, quale si evince dal considerando 50 della direttiva 24/2014/UE ("tenuto conto degli effetti pregiudizievole sulla concorrenza, le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara dovrebbero essere utilizzate soltanto in circostanze del tutto eccezionali") e dall'art. 32 della stessa direttiva, che è stato testualmente trasposto nell'art. 65, comma 2, lett. c), del D.Lgs. n. 50 del 2016. ... Pertanto, ciò che rileva ai fini della legittimità di una procedura negoziata senza pubblicazione del bando è, sotto il profilo che qui viene in considerazione, che l'amministrazione si sia trovata in una situazione di estrema urgenza per via di eventi imprevedibili e non a sé imputabili, tenuto conto di tutte le circostanze di fatto che hanno caratterizzato tempi e modalità di indizione della procedura di gara."

**TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 12/2/2024, n. 343***La struttura di supporto al RUP nel procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta*

Con riguardo alla dedotta illegittimità della nomina di una struttura di supporto al R.U.P. in sede di valutazione dell'anomalia delle offerte, va premesso che la stessa risulta essere una unità interna della Stazione appaltante, OMISSIS (all. 6 di OMISSIS, lett. n, pag. 9), e che il giudizio finale in ordine alla congruità (ovvero la non anomalia) dell'offerta del Consorzio aggiudicatario è stato assunto direttamente dal R.U.P. (Avv. Antonella Cupiccìa), come risulta anche dall'avvenuta sottoscrizione da parte del predetto soggetto del verbale di gara n. 27 del 13 settembre 2023, dove è stato segnalato che il sub-procedimento di verifica dell'anomalia è stato completato con l'accesso al F.V.O.E. di ogni componente del raggruppamento aggiudicatario (all. 10 al ricorso, in specie, pagg. 4 e 5).

Ciò risulta conforme a un consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo il quale "nel sub-procedimento di verifica dell'anomalia, che appartiene alla competenza del RUP, questi può avvalersi del supporto della stessa commissione giudicatrice o di una commissione o di un tecnico ad hoc, con la precisazione che l'affidamento di detto incarico non spoglia il RUP della sua competenza, dovendo egli fare proprie le conclusioni alle quali è pervenuto il delegato (Cons. Stato, sez. V, 11 marzo 2021, n. 2086; sez. III, 5 giugno 2020, n. 3602)" (Consiglio di Stato, V, 11 ottobre 2021, n. 6784).

Tale approdo risulta coerente con la circostanza, pure ritenuta legittima dalla giurisprudenza, che la Commissione giudicatrice possa avvalersi della collaborazione di soggetti esterni ad essa o utilizzare elaborati redatti da altri, purché tali ausili abbiano una funzione di mero supporto e che l'esito finale dell'attività valutativa sia integralmente ascrivibile alla Commissione giudicatrice medesima: difatti, "non è illegittimo di per sé che la Commissione di gara si faccia coadiuvare nell'espletamento delle attività valutative che le competono da soggetti esterni, a condizione però che tali soggetti si limitino a svolgere compiti di mero supporto e che l'esito finale dell'attività valutativa sia integralmente ascrivibile alla Commissione giudicatrice medesima" (Consiglio di Stato, III, 17 giugno 2021, n. 4683; altresì, V, 11 ottobre 2021, n. 6782; T.A.R. Valle d'Aosta, 20 dicembre 2021, n. 73).

A supporto di tale conclusione può essere richiamata anche la normativa in materia di appalti pubblici, applicabile *ratione temporis*, ossia l'art. 31, commi 7, 8 e 11, del D. Lgs. n. 50 del 2016 che consente alla Stazione appaltante di conferire appositi incarichi a supporto dell'intera procedura di gara o di parte di essa (cfr. A.N.A.C., Parere funzione consultiva n. 11 del 28 marzo 2023). Ciò ha trovato altresì conferma nell'art. 15, comma 6, del D. Lgs. n. 36 del 2023, dove si stabilisce che "le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono istituire una struttura di supporto al RUP, e possono destinare risorse finanziarie non superiori all'1 per cento dell'importo posto a base di gara per l'affidamento diretto da parte del RUP di incarichi di assistenza al medesimo". Pertanto, la nomina di una Unità posta a supporto tecnico del R.U.P., al fine di coadiuvarlo nell'esame afferente alla congruità delle offerte dei concorrenti, risulta del tutto legittima.

**Autorità Nazionale Anticorruzione****DELIBERA N. 59 del 7 febbraio 2024****UPREC-PRE 808/2023/L/PREC PB - FASC. 5805/2023**

*"È sanabile mediante soccorso istruttorio la polizza fideiussoria d'importo inferiore a quello richiesto dalla lex specialis; l'offerente che ha presentato una polizza fideiussoria d'importo insufficiente non può essere escluso senza essere prima ammesso all'esercizio del soccorso istruttorio"*

"... il consolidato orientamento dell'Autorità (cfr. per tutte, delibere n. 151 del 19.04.2023, n. 212 del 27.04.2022, n. 43 del 02.02.2022, n. 765 del 24.11.2021, n. 589 del 28.07.2021) e il prevalente orientamento della giurisprudenza amministrativa (cfr. per tutte, da ultimo, TAR Sicilia, Catania, Sez. II, 30/08/2023; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 03/04/2023, n. 2075; Consiglio di Stato, Sez. V, 22/11/2022, n.10274; id., 03.08.2021, n. 5710; id., 19/04/2021, n. 3166; id., n. 399/2020), che hanno affermato l'esperibilità del soccorso istruttorio, ai sensi dell'art. 83, co. 9, d.lgs. 50/2016, in ogni caso di carenza/irregolarità della cauzione provvisoria, incluso il caso di mancanza, d'erronea modalità di presentazione e d'importo insufficiente, rientrando, dunque, in tale fattispecie, il caso di una polizza validamente costituita, con indicazione di un importo inferiore rispetto a quanto prescritto (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 17/09/2021, n. 6324; id., 22/07/2019, n. 5138); ... «La polizza fideiussoria stipulata anteriormente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte e prodotta unitamente alla documentazione amministrativa, recante un importo insufficiente può essere sanata tramite il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante, la quale deve consentire all'operatore economico di integrarne l'ammontare», precisando che la giurisprudenza amministrativa ha sostenuto che il principio, «per il quale il soccorso istruttorio va a buon fine con conseguente permanenza in gara dell'operatore solo se la cauzione provvisoria presentata in sanatoria sia di data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione, va limitato alla sola ipotesi di mancanza della cauzione provvisoria, quando questa sia richiesta dalla legge di gara come elemento essenziale della domanda a pena di esclusione» mentre «la mera irregolarità della fidejussione tempestivamente costituita, determinata dall'ammontare rivelatosi insufficiente, può essere sanata tramite il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante, che dovrebbe consentire all'operatore economico di integrarne l'importo» (delibera n. 43/2022); ... «Sana le carenze documentali rilevate dalla SA, l'offerente che a seguito dell'esperimento del soccorso istruttorio produce, nei termini assegnati, l'appendice alla polizza fideiussoria con l'importo esatto, rilasciata in data successiva al termine di presentazione dell'offerta» e che «Non è conforme alla normativa di settore l'esclusione dalla procedura di gara dell'offerta che, all'esito del soccorso istruttorio, risulti provvista della fideiussione provvisoria con l'importo esatto indicato nella lex specialis» (Delibera n. 151 del 19.04.2023)"

**Autorità Nazionale Anticorruzione****DELIBERA N. 29 del 17 gennaio 2024  
UPREC - PRE 0805 -2023-L (FASC. 5547/2023)**

*"Appalto pubblico – Servizi - Scelta del contraente - Bando di gara – Lavorazioni - Attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa – Iscrizione white list – Soggetto onerato – Impresa che svolge la lavorazione – Sussiste"*

"Qualora il bando di gara individui delle lavorazioni riconducibili all'elenco di attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, il concorrente che dichiara di eseguirle in proprio è tenuto a possedere, all'atto della partecipazione alla gara, l'iscrizione nelle white list della Prefettura territorialmente competente. Nel caso in cui le suddette lavorazioni siano affidate in subappalto o costituiscano oggetto di una subfornitura, è il subappaltatore o il subfornitore a dover risultare iscritto nelle white list della Prefettura territorialmente competente"

**Autorità Nazionale Anticorruzione****DELIBERA N. 25 del 17 gennaio 2024  
UPREC/PRE/840/2023/L/PREC**

*"La fissazione di limiti al subappalto è ammissibile a condizione che la Stazione appaltante compia una valutazione in concreto delle attività oggetto di affidamento, valutando, in particolare, se ricorrano i presupposti indicati dall'art. 119, comma 2, del d.lgs. 36/2023 per imporre al concorrente aggiudicatario di eseguire direttamente una parte delle lavorazioni o prestazioni dedotte nell'appalto."*

" ... dall'analisi della norma, deve convenirsi che il legislatore ha inteso preservare la discrezionalità delle Stazioni appaltanti nella fissazione di limiti al ricorso al subappalto; tuttavia, tali limiti, per poter essere legittimamente previsti nei documenti di gara, devono rispondere a precise esigenze connesse alle caratteristiche specifiche dell'appalto e, dunque, richiedono alla Stazione appaltante di compiere una valutazione in concreto delle attività oggetto di affidamento e di decidere – previa adeguata motivazione e nel rispetto dei principi di cui all'art. 30 del d.lgs. 50/2016 – se ricorrano le condizioni fissate dalla norma per poter imporre all'aggiudicatario l'obbligo di eseguire direttamente talune lavorazioni/prestazioni dedotte nell'appalto. ... l'art. 119 del d.lgs. 36/2023 ricalca il contenuto dell'abrogato art. 105, comma 2, del d.lgs. 50/2016. La norma, dopo aver precisato che è nullo l'accordo con cui a terzi sia affidata l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni appaltate, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla categoria prevalente e dei contratti ad alta intensità di manodopera, stabilisce che "Nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3, previa adeguata motivazione nella decisione di contrarre, le stazioni appaltanti, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui all'articolo 104, comma 11, in ragione dell'esigenza di rafforzare, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali. Si prescinde da tale ultima valutazione quando i subappaltatori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, oppure nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229";"

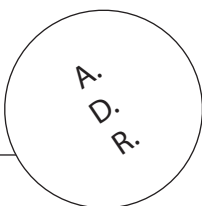
**Autorità Nazionale Anticorruzione****DELIBERA N. 14 del 10 gennaio 2024****UPREC-PRE 826/2023/L/PREC**

*"Appalto pubblico – Lavori – Scelta del contraente – Indagini di Mercato – Attestazione SOA – Requisiti speciali – esclusione – non sussiste"*

"Anche in una indagine di mercato, preordinata all'affidamento di un appalto di lavori, il possesso di una adeguata attestazione SOA per la categoria dei lavori oggetto dell'affidamento è sufficiente per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale richiesti. Il possesso di qualificazione SOA infatti assolve ad ogni onere documentale circa la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici, e risponde al divieto di aggravamento degli oneri probatori in materia di qualificazione, con l'effetto che ogni ulteriore richiesta di requisiti ulteriori, a pena di esclusione, è da ritenersi illegittima."



# A Domanda Rispondiamo



## 1 La deroga al principio di rotazione legittima in una procedura negoziata "aperta" vale anche per gli affidamenti diretti "comparativi"?

Il principio di rotazione disciplinato dall'art. 49 del codice dei contratti prevede che le stazioni appaltanti non applichino 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 di cui all'art. 50 comma 1 lett. c) d) ed e) e per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro.

Allo stato attuale e in assenza di supporto giurisprudenziale si ritiene che gli unici strumenti per invocare una deroga al principio di rotazione, nel caso di affidamento diretto (puro o preceduto da interpello/preventivi che sia) da parte del Responsabile Unico di Progetto, rimangono – oltre alla possibilità di suddivisione in fasce di valore tramite regolamento interno – quelli enunciati al comma 4, della predetta norma ovvero: **"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"**.

## 2 Può la Stazione Appaltante prevedere il sopralluogo come adempimento a pena di esclusione dalla procedura di gara?

Nessuna disposizione del d.lgs. n. 36/23 prevede il sopralluogo quale adempimento necessario per la formulazione dell'offerta. L'art. 92 comma 1 d. lgs. n. 36/23, secondo cui "le stazioni appaltanti, fermi quelli minimi di cui agli articoli 71, 72, 73, 74, 75 e 76, fissano termini per la presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte adeguati alla complessità dell'appalto e al tempo necessario alla preparazione delle offerte, tenendo conto del tempo necessario alla visita dei luoghi, ove indispensabile alla formulazione dell'offerta, e di quello per la consultazione sul posto dei documenti di gara e dei relativi allegati" prevede semplicemente che l'Amministrazione nella fissazione dei termini di scadenza tenga conto degli adempimenti propedeutici alla formulazione dell'offerta. Pertanto, la previsione del sopralluogo obbligatorio pena l'esclusione dalla procedura di gara è nullo per violazione del principio di tassatività disciplinato dall'art. 10 commi 1 e 2 d. lgs. n. 36/23 secondo cui:

"1. I contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice.

2. Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte" (Cfr. **TAR Lazio II-bis, 03 gennaio 2024, n. 140**).

## 3

**Nella formulazione dell'offerta economica l'operatore può indicare un costo della manodopera inferiore all'importo determinato a monte dalla Stazione Appaltante?**

La giurisprudenza, come anche l'Anac, hanno fornito numerosi chiarimenti sull'argomento. Già nell'articolo 41 del D.Lgs 36/2023 è stabilito che “..Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale.”. e l'operatore dovrà dimostrare in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, doverosamente promossa dalla stazione appaltante come ha raggiunto tale risultato. **(Consiglio di Stato sez. V, 09/06/2023, n. 5665; T.A.R. Sicilia, Palermo sez. II, 19/12/2023, n. 3779; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 07/11/2023, n. 6128 – T.A.R. Calabria Sezione Staccata di Reggio Calabria n. 00119/2024)**

## 4

**Agli affidamenti diretti si applica l'art. 41 comma 14 del codice relativamente al costo della manodopera?**

“Relativamente al tema posto si richiama l'art. 48 del nuovo codice ed in particolare il comma 4 dello stesso, secondo cui “ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si applicano, se non derogate dalla presente Parte, le disposizioni del codice”. Pertanto, l'art. 41 comma 14 trova applicazione anche negli affidamenti diretti in quanto la norma esprime un principio generale - quale la tutela dei lavoratori - che deve essere comunque rispettato. Ciò posto, è necessario che siano previste modalità idonee che tengano conto del fatto che negli affidamenti diretti non viene effettuata una procedura di gara.” **(Parere MIMS DEL 26/02/2024 N. 2398).**

## 5

**Il principio di rotazione trova applicazione anche nell'affidamento dei servizi sociali?**

Il nuovo Codice dei contratti pubblici non stabilisce una vera e propria deroga al principio di rotazione per gli affidamenti dei servizi sociali. Tuttavia, un'attenuazione del principio di rotazione è deducibile dalla lettura delle previsioni contenute nell'art. 128 del D.Lgs n. 36/2023 il cui comma 3 in particolare prevede che “l'affidamento debba garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti.” Tra i principi richiamati nel comma 3 citato non appare il principio di rotazione. Il successivo comma 8, prevedendo che: “Per l'affidamento e l'esecuzione di servizi alla persona di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 14, comma 1, lettera d), si applicano i principi ed i criteri di cui al comma 3 del presente articolo”, ribadisce che gli affidamenti dei servizi sociali possano avvenire anche derogando al principio di rotazione.

## 6

**In una procedura con importo inferiore a 40.000 svolta sulla piattaforma Mepa, la Stazione Appaltante è esonerata dallo svolgimento della verifica dei requisiti sugli operatori economici?**

No. L'art articolo 52 del D. Lgs 36/2023 prevede che le Stazioni Appaltanti effettuino autonomamente controlli a campione sugli operatori economici partecipanti alle procedure sottosoglia, ivi inclusi gli affidamenti diretti, espletati sul MEPA, sia nella fase di aggiudicazione sia nella fase di esecuzione **(Parere MIT 2134 del 13.12.2023).**

## 7 Le procedure di gara che prevedano un numero di assunzioni inferiore a tre unità di personale, possono rappresentare una fattispecie idonea ad escludere l'inserimento nel bando dell'obbligo di previsione di una riserva di assunzione giovanile e femminile ex art. 47 comma 7 del D.L. 77/21?

Il parere del MIMS n. 1627 del 14/11/2022 ha espressamente previsto tale fattispecie tra gli elementi che possano ostare all'applicazione dell'obbligo previsionale di cui all'art. 47 del d.l. 77/21, di inserire nei bandi la riserva di assunzione femminile e giovanile, qualora opportunamente motivata dalla stazione appaltante nella determina a contrarre o in un atto immediatamente esecutivo della stessa, in ragione dell'oggetto, della natura del progetto e della particolare tipologia dell'appalto.

## 8 Il Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico (FVOE) può essere utilizzato dagli operatori economici non residenti in Italia?

Per gli OE non residenti e privi di stabile organizzazione in Italia l'acquisizione dei dati è effettuata ai sensi dell'articolo 40, comma 1 del decreto del Presidente della Repubblica n. 445 del 28/12/2000 (dichiarazione sostitutiva di certificazione/atto di notorietà) e la relativa verifica è svolta con le modalità previste dall'articolo 71, comma 2, del medesimo decreto. Per le comunicazioni gli OE non residenti e privi di stabile organizzazione in Italia si dotano di un indirizzo di posta elettronica certificata o di un servizio di recapito certificato qualificato ai sensi del Regolamento eIDAS (**Delibera Anac 262/2023**).

## 9 Con quali modalità si applica il principio di rotazione nei confronti del gestore uscente composto da un RTI? Si applica ai singoli componenti?

Una sentenza del Consiglio di Stato (sentenza n. 532/2023 del 16/01/2023), ha affrontato tale problematica legata all'applicazione del "principio di rotazione", sancendo che: "Impedire la formazione spontanea di raggruppamenti invocando l'applicazione del principio di rotazione è una violazione frontale del principio del favor participationis oltreché una messa in discussione della stessa natura e ammissibilità del raggruppamento che, come noto, non possiede, certo, un'autonoma soggettività, **giacché ciascuna delle imprese che vi prendono parte mantiene la propria individualità personale**; dal raggruppamento deriva comunque un soggetto nuovo, caratterizzato da unitarietà di tipo organizzativo e funzionale, pur senza alcun riconoscimento di personalità giuridica". In conclusione, i Giudici ravvisano che non è violazione della norma la partecipazione in forma aggregata di un soggetto invitato e non lo è neanche se nel costituendo raggruppamento sia ricompresa una impresa già aggiudicataria di altra procedura negoziata bandita dalla stessa stazione appaltante.

# L'esclusione dell'offerta anomala nei sottosoglia



IN  
PIL  
LOLE

L'attuale previsione codicistica individua all'art 54 del d.lgs. 36/2023 i riferimenti normativi relativi all'esclusione automatica dell'offerta nei sottosoglia che risponde non solo ad un'esigenza di celerità dell'iter procedimentale, così come richiesto dai principi di efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, ma ha l'obiettivo di scremare offerte, che seppur risultanti come convenienti dal punto di vista economico, risultano insidiose per i rischi che si possono annidare dietro l'affidamento di un appalto in cui la convenienza del prezzo potrebbe avere ripercussioni sull'esecuzione dello stesso.

Il d.lgs. 36/2023 disciplina in modo innovativo il procedimento di verifica delle suddette offerte anomale, stabilendo modalità diverse a seconda che si tratti di appalti di valore superiore o inferiore alla soglia europea.

Nelle gare pubbliche, l'offerta che risulti essere non attendibile, in termini di serietà, congruità e realizzabilità, è soggetta alla valutazione degli elementi specifici individuati negli atti di

gara, che conducono alla cosiddetta verifica di anomalia dell'offerta. Nelle procedure sottosoglia, l'esclusione è disposta in maniera automatica secondo uno dei metodi riportati nell'allegato al codice II.2. quando la gara di lavori e servizi è aggiudicata con il criterio del prezzo più basso.

Di talchè, nell'ottica della semplificazione che vorrebbe permeare l'ambito delle procedure sottosoglia, si eviterebbero i ritardi a volte significativi che la valutazione in contraddittorio di un numero elevato di offerte, possa comportare. Tale disciplina non troverà applicazione invece in tutti i casi in cui sussista un interesse transfrontaliero certo.

Al fine di snellire e semplificare il processo di gestione del rischio di anomalia, si è mantenuto un sistema di esclusione automatica, limitatamente a quelle situazioni con un numero di offerte sufficientemente elevato (almeno cinque) e per cui il processo di valutazione dell'anomalia sia più lungo e costoso per le stazioni appaltanti in ragione della maggior complessità intrinseca dei contratti.

Tale meccanismo è escluso per le forme di affidamento di cui all'art 50 comma 1 lett. a) e b) (affidamenti diretti) prevedendosi che le stazioni appaltanti possono comunque valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa. Viene così richiamato nel nuovo codice quanto era previsto dall'art 97 comma 6 del precedente codice in tema di verifica facoltativa della congruità dell'offerta; in che cosa consiste? L'art 54 prevede che la stazione appaltante possa sempre effettuare, nei casi di procedura di gara, la verifica facoltativa dell'anomalia.

Sul punto si è espresso il Consiglio di Stato con sentenza V,29/01/2018, n.604 che riconosce alle stazioni appaltanti un'ampia discrezionalità con riguardo alla scelta di procedere, o meno, alla verifica facoltativa, con la conseguenza che il ricorso all'istituto non necessita di una particolare motivazione né può essere sindacato se non nelle ipotesi di decisivo errore di fatto.

Nello specifico la valutazione dell'anomalia dell'offerta costituisce espressione della discrezionalità tecnica di cui l'amministrazione è titolare per il conseguimento e la cura dell'interesse pubblico ad essa affidato dalla legge.

Per consolidato orientamento giurisprudenziale la verifica di congruità di un'offerta non può essere effettuata attraverso un giudizio comparativo che coinvolge altre offerte, in quanto va condotta con riguardo agli elementi costitutivi dell'offerta analizzata ed alla capacità dell'impresa di portare a termine le prestazioni contrattuali al prezzo proposto, essendo possibile un ribasso sostenibile per un concorrente che non lo sia per un altro, per cui il raffronto fra offerte differenti non è indicativo al fine di dimostrare la congruità di uno di esse.

La verifica dell'anomalia dell'offerta mira ad accertare se in concreto essa risulti attendibile ed affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto, pertanto, la valutazione di congruità deve essere globale e sintetica, senza soffermarsi sulle singole voci del prezzo.

Dal punto di vista operativo la norma afferma che le stazioni appaltanti, negli atti di gara, dovranno indicare il metodo matematico di determinazione delle offerte anomale determinato negli allegati II.2 al Codice. Esse possono, diversamente, stabilire che il metodo utilizzato per individuare le offerte anomale verrà selezionato in sede di

valutazione delle offerte, tramite sorteggio tra i metodi compatibili dell'allegato II.2.

I metodi matematici indicati dai precedenti allegati sono tre:

- I) Metodo A: replica esattamente il sistema di calcolo già previsto dall'art 97 del d.lgs. 50/2016, tale metodo permette alle stazioni appaltanti di ricorrere ad un metodo già ampiamente utilizzato in precedenza e, riduce la complessità di adeguarsi a sistemi di potenzialmente più efficaci ed anche più complessi quali quelli dei due metodi successivi; pertanto secondo le nuove disposizioni, risultano anomale e vengono accantonate unicamente le offerte che superano le soglie di anomalia, mentre le offerte che le eguagliano sono ritenute congrue e destinate a vincere;
- II) Metodo B: soggiace un'unica differenza rispetto al metodo precedente ovvero, l'applicazione del secondo prezzo: tra tutte le offerte non anomale la stazione appaltante, viene individuata come vincitrice: tra tutte le offerte "non anomale" la stazione appaltante individua come vincitrice l'impresa che abbia offerto lo sconto maggiore, ma lo sconto sarà quello del secondo classificato;
- III) Il terzo ed ultimo impone di rendicontare uno sconto espresso come percentuale della base d'asta rispetto a cui le imprese formulano i loro sconti e rappresenta l'indicazione che la stazione appaltante offre alle imprese della soglia di anomalia, al netto di una componente randomica determinata successivamente in base alle offerte ricevute.

Il parere n. 9117/2022 V sez. Cons. di Stato ci ricorda che "lì dove venga effettuato un giudizio sull'anomalia dell'offerta, tale considerazione viene effettuata mediante una verifica sull'attendibilità complessiva dell'offerta, in quanto un sospetto di anomalia per una specifica componente non incide automaticamente sull'intera offerta, che deve essere valutata e considerata nel suo insieme con un giudizio sintetico della stazione appaltante".

Quando il nuovo codice richiede di instaurare il subprocedimento per la verifica delle offerte anomale?

L'articolo 54 d.lgs. 36/2023 al fine di andare incontro ai principi di snellezza dell'azione amministrativa non "appesantendo" il lavoro ma rendendo più lineari gli appalti sottosoglia affidati con il criterio



del prezzo più basso, consente l'esclusione automatica delle offerte anomale, applicabile qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque, quando ricorrano determinate condizioni quali:

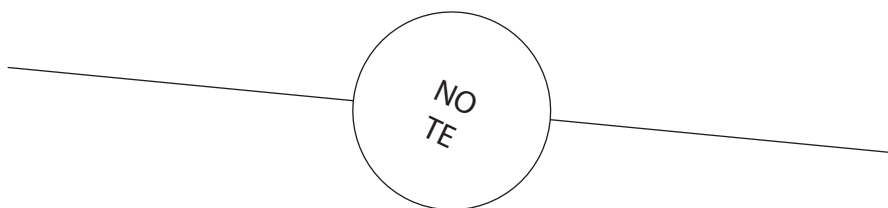
- L'esclusione sia stata prevista negli atti di gara;
- I contratti riguardino l'appalto di lavori e di servizi ma non di forniture;
- I contratti non presentino un interesse transfrontaliero certo;
- Vi siano almeno cinque offerte ammesse;

La relazione al codice richiamando la direttiva europea 2014/24/EU fornisce indicazioni chiare sulla gestione del rischio di anomalia delle offerte imponendo alle stazioni appaltanti di valutare questo rischio e di fornire agli operatori economici la possibilità di presentare i loro giustificativi.

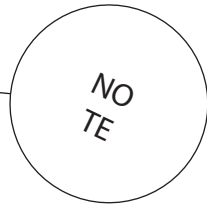
La ratio della previsione normativa poggia sulla circostanza che "la concorrenza tra le offerte competitive a basso prezzo, sebbene consenta talvolta risparmi economici significativi per le stazioni appaltanti, tuttavia può risultare non conveniente nei casi in cui al basso prezzo corrisponda o una valutazione troppo ottimistica dei costi di esecuzione del contratto oppure il comportamento poco considerevole degli operatori economici i quali, fondino il basso prezzo su uno scarso rapporto qualità-prezzo".

In questo caso sussiste una duplice considerazione, se da una parte vige un adeguato bilanciamento del rischio di offerte anormalmente basse e di una sana dinamica competitiva tra operatori economici, non può essere soddisfatto da un unico meccanismo, in quanto l'equilibrio ricercato dalla stazione appaltante dipenderà dalle caratteristiche specifiche del contratto e anche dal tessuto produttivo degli operatori economici a cui la stazione appaltante si rivolge.

Alla luce di quanto fin qui esaminato si può porre in evidenza come, la giurisprudenza abbia voluto ancora una volta fare chiarezza su quali siano gli elementi fondamentali in presenza dei quali la stazione appaltante esercita la discrezionalità prevista dall'art 110 del codice appalti, rilevando che il procedimento di anomalia non si debba tramutare in una "caccia all'errore", ma nella verifica che l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile ed affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto.



A series of 20 horizontal dotted lines for writing.



A series of 20 horizontal dotted lines for writing notes.



# MEDIAAPPALTI

**Guida pratica in materia di appalti pubblici**

**Mediappalti ora è disponibile on line**

**Abbonati su [www.mediappalti.it](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)

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*  
**MEDIA**APPALTI

Rubrica bimestrale  
a cura di  
Stefano Usai

marzo  
**2024**

allegato alla Rivista mensile  
MediAppalti

## **sommario**

---

### **Quali sono i dipendenti che possono beneficiare degli incentivi (Corte dei Conti, sez. reg. Toscana n. 3/54)**

1. Quesiti
2. L'analisi
3. Il personale che può essere coinvolto
4. Le attività incentivabili

**3**

---

### **Le differenze tra la struttura di supporto dell'attività contrattuale e incarico di supporto al RUP (Corte dei Conti, sez. reg. Abruzzo n. 41/2024)**

1. Il quesito
2. Il riscontro
3. L'esternalizzazione del servizio di supporto al RUP
4. Il parere

**6**

---

### **Incentivi per funzioni tecniche e dirigenti (Corte dei Conti, sez. reg. Veneto deliberazione n. 266/2023)**

1. Quesito
2. L'analisi
3. Le condizioni legittimanti per l'erogazione degli incentivi per funzioni tecniche
4. Incentivi e dirigenti solo per il PNRR ma previa definizione dei criteri

**9**

---

# **Quali sono i dipendenti che possono beneficiare degli incentivi**

---

## **Quesiti**

Il comune istante pone alla sezione regionale una serie articolata di quesiti, di particolare importanza – vista l'attualità – quelli riferiti ai soggetti che, all'interno della stazione appaltante possono beneficiare dell'incentivo ora disciplinato nell'articolo 45 del nuovo codice.

Nel dettaglio i quesiti erano diretti ad ottenere un chiarimento (limitando all'aspetto inedito trattato dalla Corte dei Conti:

1. se sia possibile incentivare il personale dipendente non appartenente alla famiglia professionale relativa ai profili professionali "tecnici" del Comune di Livorno, sia ai sensi dell'art. 113, comma 2, del D.Lgs. 50/2016 che dell'articolo 45 del D.lgs. n. 36/2023 che ha disposto la nuova regolamentazione in materia di incentivi tecnici individuando le attività incentivabili con rinvio all'allegato I.10 (il citato Decreto ha approvato il nuovo Codice dei Contratti Pubblici ed abrogato la previgente disciplina che comunque risulta sempre applicabile ai contratti affidati sotto la vigenza del D.Lgs. 50/2016 e ss.mm.ii.);

2. se, in caso di risposta positiva, siano incentivabili specifiche attività quali quelle attinenti:

- alla predisposizione dei documenti di gara, alla predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e del programma biennale (adesso triennale) degli acquisti di beni e servizi;
- alla collaborazione di supporto ai RUP o ai DEC per i lavori pubblici, per gli acquisti di beni e servizi e, dal 1° luglio 2023 (data di efficacia delle disposizioni del nuovo codice dei contratti e dunque anche dell'art. 45 e del relativo allegato I.10 sopra citati), per gli affidamenti diretti, le concessioni, per i partenariati pubblico-privato, qualora fossero già state accantonate le risorse finalizzate all'incentivazione tecnica.

## **L'analisi**

La sezione precisa che ai fini dell'erogazione dell'incentivo non ha nessuna importanza "il profilo professionale tecnico" ricoperto (anche se di regola presente deve essere presente) ma la sostanziale "esplicazione di attività tecniche legate alla procedura contrattuale (anche se esplicita da collaboratori amministrativi)".

Sulle attività incentivabili, poi, il collegio rammenta – in relazione alle attività incentivabili -, che tanto dalla lettura del pregresso articolo 113 quanto dall'attuale disposizione contenuta nell'articolo 45 del nuovo codice, insiste un preciso riferimento a "tutte quelle attività che non riguardano direttamente le procedure di affidamento ed esecuzione".

Infatti, prima di procedere con la corresponsione degli incentivi è necessaria una verifica/accertamento "delle specifiche attività, o delle specifiche funzioni tecniche svolte dai dipendenti".

Da notare, a margine, che questo controllo – che prima di tutti deve essere fatto dal RUP – coinvolge anche il responsabile del servizio finanziario al fine di evitare danni erariali da indebita erogazione di incentivi.

In questo senso, ad esempio, tra le altre, la Corte dei Conti del Molise, delibera n. 38/2023 che ha condannato sia il percettore (responsabile di servizio interessato) ma anche lo stesso responsabile del servizio finanziario per aver erogato somme, semplificando, senza le condizioni legittimanti.

## **Il personale che può essere coinvolto**

In relazione alla questione del personale che può essere coinvolto negli incentivi, quindi, risulta espressamente prevista la possibilità di compensare i "collaboratori" del RUP e dei soggetti che svolgono funzioni tecniche, senza specificarne il profilo tecnico o amministrativo (Sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione n. 40/2018).

La stessa Corte dei conti ha già avuto modo di affermare (in particolare, la Sez. reg. di controllo per la Liguria, deliberazione n. 1/2022) che dalla normativa emerge l'intento del legislatore di ampliare "il novero dei beneficiari" a prescindere appunto dal profilo di appartenenza, "coinvolto nelle diverse fasi del procedimento di spesa, dalla programmazione (...) all'esecuzione del contratto" (Sezione delle autonomie, deliberazione n. 7/SEZAUT/2017).

## **Le attività incentivabili**

Circa il quesito sulla individuazione delle attività incentivabili, in delibera si puntualizza che risulta sicuramente incentivabile l'attività diretta alla predisposizione dei documenti di gara espressamente richiamata nell'allegato I.10 (non anche la predisposizione dei programmi triennali dei lavori e per l'acquisto di beni e servizi).

Positiva è anche la risposta sulla possibilità di erogare gli incentivi in caso di affidamento diretto e sulla concessione.

Il superamento dell'orientamento negativo, ricorda il collegio, è avvenuto per la nuova formulazione della norma (visto che non si richiama più la gara ma l'affidamento e si usa l'espressione "ente concedente").

Sono comunque incentivabili anche le attività svolte per il partenariato pubblico/privato.

A tal riguardo, in conclusione del parere, si precisa che dagli elementi tratti dalla relazione illustrativa del Consiglio di Stato, si può affermare "che il partenariato -pubblico privato, definito secondo i criteri previsti dal comma 1 dell'art. 174 del D.lgs. 36/2023 (...) è un'operazione economica nella quale può essere prevista l'applicazione degli incentivi per le funzioni tecniche" a condizione che si tratti delle attività tassativamente indicate nell'allegato I.10 e che gli incentivi siano "a carico degli stanziamenti previsti per le singole procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti", come stabilito dal comma 1 dell'art. 45.



# **Le differenze tra la struttura di supporto dell'attività contrattuale e incarico di supporto al RUP**

---

## **Il quesito**

Il comune istante ha formulato richiesta di parere, alla sezione, sulle modalità di calcolo del compenso da attribuire in caso di incarico di supporto al RUP a libero professionista esterno, nei termini seguenti. In particolare, si richiede se "nel caso di incarico di supporto al RUP a libero professionista esterno alla stazione appaltante, il compenso deve essere commisurate alle disposizioni di cui all'art. 15 c. 6 del d. lgs. 36/2023 (1 per cento dell'importo posto a base di gara) o nel rispetto dell'equo compenso deve essere calcolato secondo la tavola Z-2 del DM 17/06/2016 (che prevede le competenze relative al supporto al RUP), aggiornata a seguito del D. Lgs. 36/2023 e riportata nell'allegato I.13 del medesimo D.lgs.?".

Nella richiesta di parere viene, altresì, specificato che l'amministrazione comunale deve "procedere, per particolare complessità dell'intervento da realizzare, ad esternalizzare attività di supporto al RUP a professionisti in possesso dei requisiti carenti in capo al RUP".

## **Il riscontro**

Per la sezione, in tema di supporto al RUP e più in generale in tema di supporto all'attività contrattuale occorre chiarire subito l'esatta perimetrazione normativa all'interno del nuovo codice dei contratti. Un primo momento, infatti, è relativo alla realizzazione della struttura di supporto all'attività contrattuale – più o meno stabile – all'interno della stazione appaltante (o realizzata in comune tra più stazioni appaltanti).

Su questo aspetto dispone il comma 6 dell'articolo 15 del codice che deve leggersi "in combinato disposto" con l'art. 3 dell'allegato I.2, nonché dall'art. 2 dell'allegato I.2.

Per la realizzazione di una struttura di supporto il comma 6 dell'articolo 15 prevede che le stazioni appaltanti "possono destinare risorse finanziarie non superiori all'1 per cento dell'importo posto a base di gara per l'affidamento diretto da parte del RUP di incarichi di assistenza al medesimo".

La precisazione, che rappresenta una novità del nuovo codice, si completa con la specifica indicazione contenuta nell'art. 3 dell'allegato I. 2 (che disciplina l'attività ed i requisiti del RUP) secondo cui "ai sensi dell'articolo 15, comma 6, del codice, la stazione appaltante può istituire una struttura stabile a supporto del RUP e può conferire, su proposta di quest'ultimo, incarichi per la migliore realizzazione dell'intervento pubblico, nel caso di appalti di particolare complessità che richiedano valutazioni e competenze altamente specialistiche. La struttura di supporto al RUP può essere istituita anche in comune fra più stazioni appaltanti, previa sottoscrizione di accordi ai sensi dell'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241".

## **L'esternalizzazione del servizio di supporto al RUP**

Sotto diverso profilo, invece, si pone invece la classica esternalizzazione dell'attività di supporto al RUP (che costituisce un appalto di servizi a cui si applicano le norme ordinarie del codice).

La deliberazione puntualizza che in relazione a questo aspetto viene in rilievo la disciplina prevista nell'articolo 2, comma 3 dell'allegato I.2. disposizione, inoltre, che deve essere letta in connessione con il fatto che l'ufficio del RUP è obbligatorio e non può essere rifiutato (art. 15, comma 2 del codice). Coordinando i due apparati normativi, segnala la sezione, emerge che la classica attività di supporto al RUP, "carente dei requisiti necessari" ed ipotesi connotata da residualità, "in quanto alla stessa può farsi ricorso soltanto in caso di verificata assenza in organico di altri dipendenti in possesso dei requisiti carenti in capo al RUP", deve ritenersi distinta ed autonoma rispetto alla "struttura di supporto".

La struttura di supporto, infatti, risulta "connotata, nel disegno normativo, dalla stabilità e dalla possibilità di istituzione in comune fra più stazioni appaltanti, previa sottoscrizione di accordi ai sensi dell'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché, nel caso di appalti di particolare complessità che richiedano valutazioni e competenze altamente specialistiche e ove venga dimostrata l'indispensabilità per la migliore realizzazione dell'intervento pubblico".

**Il parere**

Dai due ambiti normativi, quindi, emerge la disciplina di due distinti strumenti che hanno differenti finalità "dovendo, nel primo caso (classico supporto al RUP), la stazione appaltante procedere – in caso sia necessitata, in procedure che non riguardano i lavori e i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura, a nominare un RUP carente dei requisiti richiesti e accertata l'assenza di professionalità interne per supportare il RUP – ad affidare a soggetti esterni le attività di supporto al RUP". Strumento rimesso alla valutazione tecnica dell'apparato gestionale.

Nella seconda ipotesi (ovvero della struttura di supporto all'attività contrattuale in generale), la sezione ricorda che si è in presenza di una facoltà della stazione appaltante che può decidere di farvi ricorso "per una migliore realizzazione dell'intervento pubblico".

Infine viene analizzata la questione dei compensi: il limite dell'un per cento sull'importo a base d'asta riguarda solo il costo teorico massimo possibile per la realizzazione di una struttura di supporto all'attività contrattuale; mentre nel caso del "classico" supporto al RUP, autentico appalti di servizi, il compenso dovrà essere determinato "sulla base dei parametri normativi previsti per le specifiche figure professionali, tra cui l'allegato I.13 ed il d.m. 17 giugno 2016, qualora si tratti dell'affidamento degli incarichi professionali di natura tecnica".

# **Incentivi per funzioni tecniche e dirigenti**

---

## **Quesito**

La sezione regionale del Veneto, della Corte dei Conti, per ciò che in questa sede interessa trattare, viene investita della questione posta dal DL 13/2023 convertito con legge 41/2023 in tema di rapporti tra incentivi e dirigenti in relazione all'attuazione dei contratti del PNRR/PNC.

In particolare, nel quesito, con richiesta di chiarimento, si riporta la disposizione interessata ovvero "L'art. 8, comma 5, del D.L. 24/02/2023, n. 13, [il quale] stabilisce che: " ... per gli anni dal 2023 al 2026, gli enti locali prevedono nei propri regolamenti e previa definizione dei criteri in sede di contrattazione decentrata, la possibilità di erogare, relativamente ai progetti del PNRR, l'incentivo di cui all'articolo 113 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, anche al personale di qualifica dirigenziale coinvolto nei predetti progetti, in deroga al limite di cui all'articolo 23, comma 2, del decreto legislativo 25 maggio 2017 n.75."

**L'analisi**

La sezione, nella sua analisi, ricorda che già con l'articolo 113 del pregresso codice e con l'attuale art. 45 viene definita la disciplina gli incentivi alle funzioni tecniche senza però fornire una definizione limitandosi ad indicare "che gli oneri relativi alle attività tecniche sono a carico degli stanziamenti previsti per le singole procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti".

Si è in presenza, pertanto, di emolumenti da erogarsi al personale della stazione appaltante per lo svolgimento delle attività tecniche specifiche ora dettagliatamente indicate (e si tratta di elenco tassativo nell'allegato I.10 del codice).

Nella deliberazione, tra l'altro, si ricorda che "la relazione agli articoli e agli allegati al decreto rilevano come la finalità dell'istituto sia quella di stimolare, attraverso la corretta erogazione degli incentivi, l'incremento delle professionalità interne all'amministrazione e il risparmio di spesa in conseguenza del mancato ricorso a professionisti esterni; precisa, inoltre, la relazione, che la nuova previsione normativa, sebbene semplificata rispetto alla versione precedente, reca una disciplina non limitata alle linee generali, ma che viene estesa a profili di dettaglio, e ciò allo scopo di prevenire le difficoltà e le incertezze in cui incorrono le amministrazioni nella fase applicativa, anche per i timori di responsabilità amministrativa connessa all'erogazione di incentivi non dovuti".

Una delle differenze sostanziali, rispetto al pregresso regime normativo – ricorda la deliberazione – è che la pregressa disposizione "consentiva l'erogazione dell'incentivo ai dipendenti solo in caso di appalti in senso stretto ed escludeva tutte le altre procedure e gli affidamenti diretti".

Rimane fermo, in ogni caso, che per gli appalti relativi a servizi o forniture, nel caso in cui è nominato il direttore dell'esecuzione, è previsto che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti destinino risorse finanziarie per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti specificate nell'allegato I.10 e per le finalità legate a tecnologie funzionali e a progetti di innovazione.

**Le condizioni legittimanti per l'erogazione degli incentivi per funzioni tecniche**

Sulle condizioni legittimanti, la sezione ricorda che l'attuale normativa relativa agli incentivi tecnici ha, nel tempo, subito diverse evoluzioni e che è da escludere l'incentivabilità di funzioni o attività diverse da quelle considerate dall'art. 113, comma 2, del D.lgs. n. 50/2016 (ora all'art. 45, comma 2, del D. Lgs. n. 36/2023) il cui elenco è da considerarsi tassativo, di stretta interpretazione e, pertanto, non suscettibile di estensione analogica (Sezione delle Autonomie,

deliberazione n. 18/SEZAUT/2016/QMIG; SRC Puglia, del. n. 204/2016/PAR; SRC Veneto, del n. 134/2017/PAR e n. 121/2020/PAR), la giurisprudenza consultiva di merito della Corte dei conti, nel richiamare i principi di diritto affermati in sede nomofilattica dalla Sezione delle Autonomie

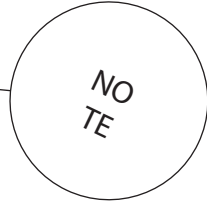
(cfr. tra le più recenti: deliberazioni n. 10/SEZAUT/2016/QMIG, n. 7/SEZAUT/2017/QMIG, 24/SEZAUT/2017/QMIG, 6/SEZAUT/2018/QMIG, 2/SEZAUT/2019/QMIG, n. 15/SEZAUT/2019/QMIG e 10/SEZAUT/2021/QMIG) ha da tempo chiarito sia le condizioni di carattere generale che devono sussistere ai fini dell'incentivabilità di ogni singola funzione tecnica, ivi compresi i criteri di determinazione dei massimali applicabili a detti incentivi, sia le problematiche di ammissibilità degli incentivi tecnici in relazione alle nomine del direttore dell'esecuzione del contratto, sia i dubbi interpretativi in relazione alla possibilità di riconoscimento degli incentivi a fronte della gestione di un appalto di fornitura di servizi affidato mediante adesione ad una convenzione Consip attiva.

#### **Incentivi e dirigenti solo per il PNRR ma previa definizione dei criteri**

La conclusione è che "nonostante l'art. 45, co. 4, del D. Lgs. n. 36/2023 escluda la possibilità di corrispondere gli incentivi ai dirigenti (in analogia a quanto previsto dall'art. 113 del D. Lgs. n. 50/2016), l'art. 8, co. 5, del D.L. n. 13/2023 - norma speciale - prevede che dal 2023 al 2026 gli enti inseriscano anche i dirigenti, tra i destinatari dell'incentivo, seppur in vigenza del D.Lgs. n. 36/2023; la specialità della norma, infatti, deriva dall'aver disciplinato una parte della materia incentivi in relazione solo al Piano nazionale, in un'ottica di ulteriore incentivazione per finalità di raggiungimento degli obiettivi PNRR-PNC che permangono anche nell'applicazione del D. Lgs. n. 36/2023 (il D.L. 13/2023 è stato convertito dalla L. 41/2023 del 21 aprile 2023, quindi in data successiva al D.Lgs. n. 36/2023).

A miglior intelligenza, si rileva che è proprio dalla lettura coordinata delle disposizioni di cui all'art. 8, co. 5, del D.L. n. 13/2023 e all'art. 225, co. 8, del D.lgs. 36/2023 **che risulta possibile erogare anche ai dirigenti gli incentivi de quibus**. Peraltro, la specialità della norma di cui si è detto, esclude che la stessa possa trovare applicazione al di fuori delle ipotesi tassative individuate (ovvero, in relazione ai Piani)".





A series of 20 horizontal dotted lines for writing.