

Rivista mensile - Anno XIV, Numero 6

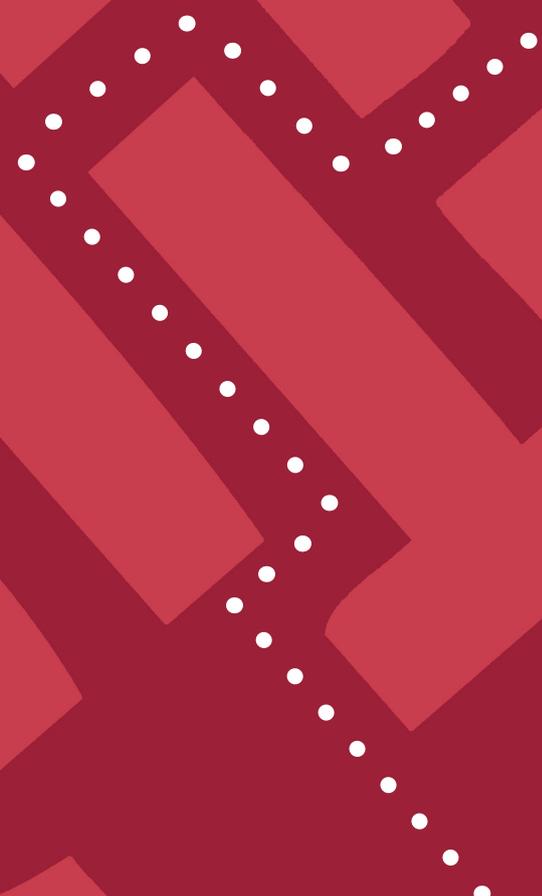
settembre
2024

MEDIA APPALTI

**Finanza di progetto
e qualificazione delle
amministrazioni destinatarie
delle proposte dei privati
nella lettura dell'Anac**

**Presupposti e finalità del
documento di regolarità
contributiva anche
rispetto alle diverse
tipologie di imprese.
La regolarità contributiva
nelle fasi di un appalto
pubblico quale
requisito necessario**

**Blockchain e
smart contract
per i contratti pubblici**



**“Guida
pratica
in materia di
appalti pubblici”**

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

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

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

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

Medi
Graphic



SGQ UNI EN ISO 9001:2015
Certificato n° 2634



approfondimento aggiornamento giurisprudenza informazione consulenza normativa



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

**settembre
2024**

Roncadelle

Mi avete cercato per decenni, secoli, seguendo impervi itinerari che si addentravano in foreste inesplorate, scavalcavano montagne mai percorse, attraversavano piane e deserti sconosciuti. Cercavate la mitica città dell'oro. La mitologica El Dorado. Ma eravate lontanissimi. Sono sempre stata da tutt'altra parte. Dove? Qui, appena fuori Brescia. La città dell'oro, sono io: piccola, silenziosa e diligente. Roncadelle.

Roncadelle, piccola località alle porte di Brescia, questa estate, ha conquistato le pagine delle testate giornalistiche nazionali ed estere. Arrivano da qui tre degli atleti medagliati con l'oro nelle olimpiadi di Parigi: Giovanni De Gennaro (canoa), Alice Ballandi (judo), Anna Danesi (pallavolo). Ecco la città dell'oro.

Ma a cosa si deve questa concentrazione di campioni? Non ci sono misteriosi riti esoterici o miracolose acque in cui bagnarsi. Non c'è qualcosa di alchemico nell'aria e nemmeno una formula vincente nei tratti del DNA. A rendere Roncadelle capitale dello sport, c'è lo sport. E forse, come affermato dal sindaco Roberto Groppelli, una dose di fortuna. C'è lo sport, dunque. Più precisamente c'è la possibilità di poter praticare sport in strutture di eccellenza.

"L'impegno per lo sport è noto da tempo, anche le amministrazioni precedenti hanno investito nelle strutture e nell'organizzazione. Tutti hanno contribuito a creare il clima giusto per praticare sport e i risultati arrivano", ha detto il primo cittadino di Rocandelle al Corriere della Sera.

Il Centro Sportivo Comunale di Roncadelle, esteso su una superficie di 4700 metri quadrati distribuiti su due livelli, offre la possibilità di praticare quattordici discipline ed è frequentato da 1500 tesserati, 900 minorenni. È chiaro, offrire strutture adeguate in cui allenarsi è un investimento a favore della crescita di talenti che altrimenti non avrebbero la possibilità di "esplodere".

L'exploit di Rocandelle è destinato a restare nella storia. La concentrazione di tanti campioni in una comunità così piccola e nella stessa edizione di una manifestazione sportiva è qualcosa che va oltre l'immaginabile. Quel che invece si deve immaginare e concretizzare è che ogni Comune possa avere un patrimonio di impianti sportivi idonei ed efficienti per poter agevolare la diffusione del quel "clima giusto per praticare sport" di cui parlava Groppelli.

La formula non è immediata e ovvia. Più impianti uguale più praticanti, potrebbe non funzionare. Il lavoro per avvicinare i giovani allo sport è culturale. Parte dalle scuole. È nelle palestre scolastiche che si impara a conoscere le proprie doti, che si coglie il piacere di impegnarsi in un'attività fisica.

E invece. E invece sono ancora tanti, troppi, gli istituti scolastici che non sono dotati di una palestra. Il dato emerge da uno studio siglato da UISP, SVIMEZ e Sport e Salute che fotografa la situazione al 2023. "Solo 4 edifici scolastici su 10 sono dotati di palestra in Italia.

Più nel dettaglio, circa 550mila allievi delle scuole primarie del Mezzogiorno (66% del totale) frequentano scuole che non sono dotate di una palestra", si legge sul rapporto. Il dato allarma gli autori dello studio che vedono anche in questo ambito un fattore di disuguaglianza tra Nord e Sud.

L'assenza di palestra non priva gli alunni solo della possibilità di svolgere attività ludico creative. Lo sport svolge anche una funzione sociale, educativa e sanitaria.

Per far fronte alla carenza di impianti, con il PNRR sono stati stanziati 300milioni di euro ai quali si sono aggiunti 31milioni disposti con decreto del Ministero dell'Istruzione. Tali fondi permetteranno di realizzare 146 nuovi impianti e ammodernare 298 strutture già esistenti.

I Comuni rientrati nella graduatoria sono già all'opera per appaltare e cantierizzare i lavori. Lavori che dovranno tener conto di un altro importante aspetto: realizzare impianti fruibili a persone con disabilità. Il 21% delle strutture non garantisce l'accessibilità ai disabili.

Dato omogeneo su tutto il territorio nazionale. In questi giorni, nel pieno dello svolgimento delle paralimpiadi di Parigi, assistendo alle imprese di questi atleti, Paola Severino Melograni conduttrice di "O anche no" ha evocato l'importanza della disponibilità di impianti sportivi inclusivi dicendo che "vogliamo che tutti devono accedere allo sport anche chi non diventerà supereroe". Lo sport per tutti, dunque, non solo per chi un giorno diventerà campione olimpico o paralimpico ma anche per tutti coloro che facendo sport possono avere occasioni di socializzare, divertirsi, restare in salute.

Investire nella realizzazione e manutenzione degli impianti sportivi, significa investire sul futuro dei nostri ragazzi. Lo sport è un settore strategico per la promozione del benessere psicofisico. Sta assumendo grande rilevanza anche sul piano economico. Nel 2023 valeva 22mld di euro contribuendo per l'1,3% al PIL nazionale.

È fondamentale che ci siano i fondi che queste disponibilità diventino bandi di gara e che i progetti diventino in breve tempo opere finite. In questa prospettiva assumono importanza le parole del direttore della Svimez, Luca Bianchi: "Servono risorse per costruire nuovi impianti, ma anche per garantirne la gestione. È necessaria un'assistenza tecnica per i Comuni che devono realizzare i progetti, seguendo il criterio del fabbisogno e non solo della capacità di vincere i bandi".

Vincere è inutile se non si è in grado di gestire l'intero corso di un appalto pubblico, dalla progettazione alla chiusura dei lavori.

L'esperienza di Roncadelle è destinata a restare unica nel suo genere? Una certezza se non si creano altrove i presupposti per poter ambire a un simile risultato.

sommario

Editoriale

Roncadelle

4

In evidenza

Presupposti e finalità del documento di regolarità contributiva anche rispetto alle diverse tipologie di imprese. La regolarità contributiva nelle fasi di un appalto pubblico quale requisito necessario

7

Sotto la lente

Finanza di progetto e qualificazione delle amministrazioni destinatarie delle proposte dei privati nella lettura dell'Anac

16

Hanno collaborato a questo numero:

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

Avv. Niccolò Grassi
Avvocato esperto in diritto amministrativo con particolare riferimento alla contrattualistica pubblica

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

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

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

Dott. Andrea Nanni
Ufficio appalti e contratti Regione Emilia-Romagna – Settore Patrimonio, Logistica, Sicurezza e Approvvigionamenti

Avv. Giuseppe Laurieri
Avvocato Ufficio Legislativo Ministero della Cultura

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

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

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

Responsabile Ufficio Grafico
Leonardo Todisco

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

Il Punto

Norme di Project Management (e non solo)

21

La svalutazione del piano economico finanziario

30

Blockchain e smart contract per i contratti pubblici

35

Contratti pubblici ed affidamenti diretti: quali le regole applicative introdotte dal Nuovo Codice?

42

Recenti interventi ANAC e del MIT sul codice dei contratti

53

Pareri & Sentenze

58

A Domanda Rispondiamo

65

In pillole

69

Presupposti e finalità del documento di regolarità contributiva anche rispetto alle diverse tipologie di imprese. La regolarità contributiva nelle fasi di un appalto pubblico quale requisito necessario

di Beatrice Corradi

IN
EVIDENZA

Premessa

L'INPS, ente previdenziale del sistema pensionistico pubblico italiano, rappresenta l'ente che gestisce la liquidazione e il pagamento delle pensioni e delle indennità di natura previdenziale e assistenziale.

Ad esso devono essere obbligatoriamente iscritti tutti i lavoratori dipendenti pubblici o privati e la maggior parte dei lavoratori autonomi che non abbiano una propria cassa previdenziale autonoma.

L'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale è un ente pubblico non economico, sottoposto alla vigilanza del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e del Ministero del Tesoro.

La legge attribuisce all'Istituto il compito di garantire le prestazioni previdenziali e le prestazioni a sostegno del reddito in favore dei lavoratori in caso di sospensione o interruzione del rapporto di lavoro, di assicurare sostegno economico in favore

delle fasce di popolazione più deboli, attraverso prestazioni di natura assistenziale, di erogare indennità a vario titolo nei casi previsti dalla legge e di curare l'acquisizione dei contributi a tutela del lavoro.

L'Inail, Istituto Nazionale Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro, è un ente pubblico non economico che gestisce l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali al fine di ridurre il fenomeno infortunistico, di assicurare i lavoratori che svolgono attività a rischio e di garantire il reinserimento nella vita lavorativa degli infortunati sul lavoro.

Ciò in considerazione del fatto, tra l'altro, che per il testo unico sulla sicurezza nei luoghi di lavoro, il datore di lavoro è il titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore ovvero il soggetto che ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa.

1. Finalità del Documento unico di regolarità contributiva e le relative disposizioni

Il DURC, Documento unico di regolarità contributiva, rappresenta un utile strumento per l'osservazione delle dinamiche del lavoro ed una forma di contrasto al lavoro sommerso che consente il monitoraggio dei dati e delle attività delle imprese affidatarie di appalti, anche ai fini della creazione di un'apposita banca delle informazioni utili per ostacolare la concorrenza sleale nella partecipazione alle gare.

Le disposizioni che hanno regolato il citato documento nel tempo sono state la L. n. 494 del 1996, art. 3, comma 8, lett. B; il D.L. n. 210 del 2002, art. 2; il Decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali 30 gennaio 2015 Semplificazione in materia di documento unico di regolarità contributiva; il D.lgs. n. 163 del 2006, art. 38; per i committenti privati nel settore edilizio il D. Lgs. n. 276 del 2003, art. 86, comma 10, oltre all'art. 80 del Dlgs. 50/2006 e all'art. 94 del Dlgs. 36/2023 che evidenziano come le gravi violazioni in materia contributiva e previdenziali siano una condizione ostativa al rilascio del DURC.

La disciplina uniforme in ordine alle modalità di rilascio ed ai contenuti analitici del Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC) è stata preliminarmente definita nel Decreto del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale 24 ottobre 2007, nella Circolare esplicativa del predetto Ministero n. 5/2008 del 30 gennaio 2008 nonché nella Circolare INAIL n. 7 del 5 febbraio 2008.

Il Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC) è il documento con il quale, in modalità telematica e in tempo reale, si attesta la regolarità contributiva nei confronti dei citati enti INPS, INAIL e, per le imprese tenute ad applicare i contratti del settore dell'edilizia, di Casse edili.

Il DURC rappresenta uno strumento che va verificato anche all'atto dei pagamenti. Il Dlgs. 36/2023 prevede all'art. 11 comma 6 che *"In caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarità contributiva relativo a personale dipendente dell'affidatario o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi, impiegato nell'esecuzione del contratto, la stazione appaltante trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente*

all'inadempienza per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la cassa edile..".

Tale documento, acquisito d'ufficio dalle stazioni appaltanti presso gli istituti previdenziali, ai sensi della normativa vigente, si considera mezzo di prova, con riferimento alla corretta gestione dei contributi previdenziali e assistenziali.

La regolarità contributiva riguarda tutti gli appalti pubblici nonché i lavori privati in edilizia soggetti al rilascio di concessione ovvero a denuncia inizio attività. La sfera di operatività è altresì ampliata ed estesa anche alla gestione di servizi ed attività pubbliche in convenzione o concessione.

Il DURC è poi utilizzato ai fini del rilascio dell'attestazione SOA e dell'iscrizione all'Albo dei Fornitori nonché in tutti i casi in cui sia necessario ai fini dell'assegnazione di agevolazioni, finanziamenti e sovvenzioni.

Tale documento ha costituito un esempio di semplificazione e di certezza nelle verifiche necessarie al fine dell'affidamento negli appalti in relazione alle previste regolarità contributive.

I vantaggi dell'adozione del DURC giovano in termini di semplificazione ed efficienza anche alle Pubbliche Amministrazioni in merito ai tempi di gestione degli appalti e dei pagamenti (Circolare n. 38 del 25 luglio 2005 dell'Inail).

Per regolarità contributiva deve intendersi la correttezza nei pagamenti e negli adempimenti previdenziali, assistenziali ed assicurativi nonché di tutti gli altri obblighi previsti dalla normativa vigente riferita all'intera situazione aziendale.

Sono abilitati a effettuare la verifica di regolarità tra l'altro le amministrazioni aggiudicatrici, gli organismi di diritto pubblico, gli enti aggiudicatori e altri soggetti aggiudicatori, i soggetti aggiudicatori e le stazioni appaltanti.

La Legge n.266/2002 ed il Decreto Legislativo n.276/2003 hanno stabilito che INPS, INAIL e Casse Edili stipulino convenzioni al fine del rilascio di un Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC). In attuazione della citata normativa, in

data 3 dicembre 2003 è stata stipulata una prima convenzione tra Inps e Inail e, successivamente, in occasione dell'ampliamento dell'oggetto del DURC ai lavori privati, in data 15 aprile 2004, è stata sottoscritta una seconda convenzione tra Inps, Inail e Casse Edili che ha regolamentato, in particolare, il settore dei lavori in edilizia.

L'impegno congiunto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, dell'Inps, dell'Inail e delle Casse Edili ha realizzato la completa informatizzazione delle procedure con la creazione di collegamenti tra le diverse banche dati. L'INPS, l'INAIL e la Cassa Edile sono tenuti a verificare la regolarità dell'impresa sulla base della rispettiva normativa di riferimento.

2. La regolarità contributiva e le modalità di attestazione

L'interrogazione assolve all'obbligo di verificare la sussistenza del relativo requisito di ordine generale per la partecipazione alle procedure di affidamento:

- per erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari e vantaggi economici, di qualunque genere, compresi quelli di cui all'articolo 1, comma 553 della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (benefici e sovvenzioni comunitarie per la realizzazione di investimenti);
- nell'ambito delle procedure di appalto di opere, servizi e forniture pubblici e nei lavori privati dell'edilizia (in relazione a ciascuna fase del procedimento compresa la fase ulteriore del pagamento).
- per il rilascio dell'attestazione SOA.

Il requisito della regolarità contributiva deve essere sempre presente quindi a garanzia della permanenza della serietà e della volontà dell'impresa di presentare un'offerta credibile, dalla candidatura in sede di gara fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all'adempimento dell'obbligazione contrattuale.

L'impresa che partecipa alla procedura deve possedere, per tutta la sua durata senza una soluzione di continuità, il requisito della regolarità contributiva (Consiglio di Stato, sez. V, 16 novembre 2018, n. 6463). Si tratta di una regola che non è mutata con il mutare della formulazione del codice

degli appalti (cfr. art. 94 del Dlgs, 36/2023 in tema di esclusione automatica in caso di gravi violazioni contributive).

Per regolarità contributiva per l'INPS si intende la correttezza degli adempimenti mensili o, comunque, periodici, la presenza di versamenti corrispondenti all'importo del saldo denunciato entro il termine, a tal fine determinato, dell'ultimo giorno del mese successivo a quello di riferimento, l'assenza di inadempienze in atto e di note di rettifica notificate, non contestate e non pagate.

“ L'interrogazione assolve all'obbligo di verificare la sussistenza del relativo requisito di ordine generale per la partecipazione alle procedure di affidamento. Per la verifica della dichiarazione relativa alla regolarità contributiva è necessario che la regolarità sussista alla data in cui l'azienda ha dichiarato la propria situazione, essendo irrilevanti eventuali regolarizzazioni avvenute successivamente. ”

L'impresa è altresì regolare quando vi sia richiesta di rateazione per la quale la Struttura periferica competente abbia espresso parere favorevole motivato o vi siano sospensioni dei pagamenti a seguito di disposizioni legislative (es. calamità naturali) o sia stata inoltrata istanza di compensazione per la quale sia stato documentato il credito.

Ai fini INAIL, l'azienda è regolare quando ha regolarmente dichiarato le retribuzioni imponibili in misura congrua rispetto ai lavori svolti ed alla dimensione aziendale, ha versato quanto dovuto per premi ed accessori.

L'impresa è altresì da intendersi regolare quando vi sia richiesta di rateazione accolta favorevolmente dal responsabile della struttura o qualora vi siano sospensioni dei pagamenti previste da disposizioni legislative (es. calamità naturali, condoni,

emersione) ovvero da norme speciali (es. art. 45, comma 2, del DPR 30 giugno 1965 n. 1124.

Inoltre, la società è regolare quando siano state effettuate compensazioni su modello di pagamento unificato F24, ovvero la struttura verifichi che l'azienda è creditrice di importi a qualsiasi altro titolo compensabili.

La posizione di regolarità contributiva dell'impresa del settore dell'edilizia, è invece verificata dalla Cassa Edile ove ha sede l'impresa per l'insieme dei cantieri attivi e degli operai occupati nel territorio di competenza della Cassa stessa.

La Cassa Edile emette il certificato di regolarità contributiva a condizione che la verifica abbia dato esito positivo e la Cassa medesima abbia verificato a livello nazionale che l'impresa non sia tra quelle segnalate come irregolari.

L'impresa si considera in regola quando ha versato i contributi e gli accantonamenti dovuti, compresi quelli relativi all'ultimo mese per il quale è scaduto l'obbligo di versamento all'atto della richiesta di certificazione.

La disponibilità dell'esito è comunicata all'indirizzo PEC registrato dal richiedente nel sistema nella fase di accesso al servizio DURC online.

Il Documento indica gli importi a debito e le cause di irregolarità ai fini dell'obbligo dell'attivazione dell'intervento sostitutivo da parte delle stazioni appaltanti e delle amministrazioni precedenti.

La regolarità contributiva deve essere accertata anche quando l'operatore economico è un soggetto pubblico, in virtù del principio della tendenziale parificazione dei soggetti privati e pubblici, infatti, deve essere accertata la regolarità contributiva anche degli Enti pubblici appaltatori.

L'assenza del documento unico di regolarità contributiva (DURC) deve intendersi come il mancato rilascio, tramite la procedura on-line, dello stesso.

Se non può essere attestata la regolarità dei versamenti contributivi non viene rilasciato un 'DURC irregolare' non solo perché non è previsto dal sistema ma perché, il DURC è solo regolare (cfr Commissione per gli interpelli -

Interpello n. 1/2016 con risposta del 21 marzo 2016 al quesito del Consiglio Nazionale degli Ingegneri).

Il rilascio del DURC segue gli adempimenti e le verifiche in relazione alle diverse tipologie di imprese richiedenti. In merito alle società di capitali, trattandosi di persone giuridiche caratterizzate da autonomia patrimoniale "perfetta" e, quindi, dalla separazione completa tra il capitale sociale e il patrimonio personale dei soci, il controllo di regolarità nei versamenti contributivi deve essere effettuato sulla contribuzione dovuta dai datori di lavoro per i lavoratori con rapporto di lavoro subordinato e dai committenti/associanti che occupano lavoratori con rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, resa anche nella modalità a progetto, aventi per oggetto la prestazione di attività svolte senza vincolo di subordinazione.

“ Se non può essere attestata la regolarità dei versamenti contributivi non viene rilasciato un 'DURC irregolare' non solo perché non è previsto dal sistema ma perché, il DURC è solo regolare. La regolarità contributiva deve essere accertata anche quando l'operatore economico è un soggetto pubblico. ”

Pertanto, l'irregolarità della posizione contributiva personale dei singoli soci non può rilevare ai fini dell'accertamento dell'irregolarità delle stesse società che, in ragione del regime patrimoniale civilistico che le regola, non possono essere chiamate a rispondere delle irregolarità contributive riferibili ai medesimi soci.

Tale verifica è invece necessaria in caso di società di persone ed in relazione al versamento contributivo dovuto dal socio sulla propria posizione.

L'artigiano che non ha dipendenti è invece esonerato alla presentazione del DURC. Le regole riferite agli obblighi dichiarativi in argomento, infatti, si riferiscono alle imprese esecutrici e quindi escludono il lavoro svolto in modo autonomo.

Qualora l'attività organizzata come ditta artigiana presenti dipendenti, il relativo datore di lavoro è sottoposto all'onere dichiarativo.

In caso di associazione temporanea tra imprese il DURC deve essere acquisito, nella fase di affidamento, per ciascuna delle imprese componenti il raggruppamento e non solo per l'impresa mandataria.

Infatti, anche se quest'ultima abbia la rappresentanza esclusiva, anche processuale, nei confronti della stazione appaltante, la forma aggregativa che discende dal contratto di mandato, non determina la nascita di un nuovo soggetto distinto dalle singole associate, ciascuna delle quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali.

Al momento del pagamento dei SAL, essendo la sola consortile impresa esecutrice e impresa autorizzata dal committente a stipulare contratti di subappalto, la stazione appaltante sarà tenuta invece a verificare il DURC esclusivamente della società consortile e delle eventuali subappaltatrici.

Il rilascio del DURC segue gli adempimenti e le verifiche in relazione alle diverse tipologie di imprese richiedenti. In merito, ad esempio, alle società di capitali, trattandosi di persone giuridiche caratterizzate da autonomia patrimoniale "perfetta" l'irregolarità della posizione contributiva personale dei singoli soci non può rilevare ai fini dell'accertamento dell'irregolarità delle stesse società.

La regolarità contributiva, in sintesi, si considera sussistente in caso di:

- a. rateizzazioni concesse dall'INPS, dall'INAIL o dalle Casse Edili ovvero dagli Agenti della Riscossione sulla base delle disposizioni di legge e dei rispettivi regolamenti;
- b. sospensione dei pagamenti in forza di disposizioni legislative;
- c. crediti in fase amministrativa oggetto di compensazione per la quale sia stato verificato il credito, nelle forme previste dalla legge o dalle disposizioni emanate dagli Enti preposti alla verifica e che sia stata accettata dai medesimi Enti;
- d. crediti in fase amministrativa in pendenza di contenzioso amministrativo sino alla decisione che respinge il ricorso;
- e. crediti in fase amministrativa in pendenza di contenzioso giudiziario sino al passaggio in giudicato della sentenza, salva l'ipotesi di cui all'art. 24, comma 3, del decreto legislativo 26 febbraio 1999, n. 46;
- f. crediti affidati per il recupero agli Agenti della Riscossione per i quali sia stata disposta la sospensione della cartella di pagamento o dell'avviso di addebito a seguito di ricorso giudiziario.

Con specifico riferimento all'ipotesi di rateazione di cui alla lettera a) l'attivazione della rateazione avviene esclusivamente in presenza del pagamento della prima delle rate complessivamente accordate entro la data indicata nel piano di ammortamento.

Da tale momento potrà essere valutata la sussistenza della condizione di cui alla lett. A), tenuto conto che solo con l'attivazione della rateazione, a seguito del pagamento della prima rata, può considerarsi perfezionato il parere favorevole dell'Istituto alla rateazione medesima.

Il sistema di verifica automatizzata considera regolari le partite a debito ricomprese in una rateazione per la quale risulti il citato stato.

Il termine di 15 giorni previsto per la regolarizzazione, presuppone che gli Istituti non potranno dichiarare l'irregolarità qualora la regolarizzazione avvenga comunque prima della definizione dell'esito della verifica: il rilascio del Durc terrà conto dell'intervenuta regolarizzazione che in ogni caso dovrà avvenire prima del

trentesimo giorno dalla data della prima richiesta (Decreto 30 gennaio 2015 del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze e il Ministro per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione).

“ Con specifico riferimento all’ipotesi di rateazione, l’attivazione della rateazione avviene esclusivamente in presenza del pagamento della prima delle rate complessivamente accordate entro la data indicata nel piano di ammortamento, da tale momento potrà essere valutata la sussistenza della relativa condizione. ”

3. I certificati rilasciati dalle autorità competenti in ordine alla regolarità fiscale o contributiva si collocano tra gli atti di certificazione o di attestazione

La mera presenza di un DURC non regolare, al momento della partecipazione alla gara, obbliga l’amministrazione appaltante a escludere dalla procedura l’impresa interessata, senza che essa possa sindacarne il contenuto ed effettuare apprezzamenti in ordine [non solo alla gravità degli inadempimenti, ma anche] alla definitività dell’accertamento previdenziale (Cons. Stato, V, 9 febbraio 2019, n. 1141).

Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostantive al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui al decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 125 del 1° giugno 2015, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale.

L’attestata gravità (abbinata alla definitività dell’accertamento) obbliga quindi la stazione appaltante senza alcun sindacato a estromettere il concorrente dalla procedura di gara, essendo la relativa valutazione rimessa esclusivamente all’ente previdenziale (cfr. TAR Lombardia - Milano, 20 giugno 2022, n. 1433; TAR Campania, Napoli, sezione IV, 3 ottobre 2022, n. 6064).

Il carattere di definitività dell’accertamento della violazione dell’obbligo di regolarità contributiva è valutato esclusivamente dall’ente previdenziale, che ne certifica l’esito nel documento di verifica di regolarità contributiva: non è consentita, come detto, una facoltà di apprezzamento dell’amministrazione stessa in ordine alla gravità dell’inadempienza contributiva e alla definitività dell’accertamento previdenziale (ex multis: TAR Lombardia, Milano, I, 20.6.2022, n. 1433; TAR Campania, Napoli, V, 3.10.2022, n. 6064).

I certificati rilasciati dalle autorità competenti, in ordine alla regolarità fiscale o contributiva hanno natura di dichiarazioni di scienza e si collocano fra gli atti di certificazione o di attestazione, per cui si impongono alla stazione appaltante, esonerandola da ulteriori accertamenti (Cons. Stato, Ad. Plen., 25 maggio 2016, n. 10; 4 maggio 2012, n. 8; Sez. III, 18 dicembre 2020 n. 8148; Sez. V, 17 maggio 2013, n. 2682).

È quindi presente un regime sostanziale dei requisiti di ammissione previsti dalla *lex specialis*, affermando la necessità che gli stessi siano posseduti dal concorrente a partire dal momento della presentazione dell’offerta e sino alla stipula del contratto e poi ancora fino all’adempimento dell’obbligazione contrattuale (*ex plurimis*, Cons. Stato, Ad. Plen. 20 luglio 2015, n. 8; Sez. V, 2 maggio 2022, n. 3439; 12 febbraio 2018, n. 856; Sez. IV, 1° aprile 2019, n. 2113).

Gli enti previdenziali sono istituzionalmente e specificamente competenti a valutare la gravità o meno delle violazioni previdenziali, Il DURC è quindi il documento pubblico che certifica in modo ufficiale la sussistenza o meno della regolarità contributiva, da ascrivere al novero delle dichiarazioni di scienza, assistite da fede pubblica privilegiata ai sensi dell’art. 2700 c.c., e facenti piena prova fino a querela di falso. Le stazioni appaltanti non

sono conseguentemente gli enti istituzionalmente e specificamente competenti a valutare la gravità o meno delle violazioni previdenziali (Consiglio di Stato in sede plenaria, 4 maggio 2012).

Il codice degli appalti non deve essere infatti letto e interpretato non in una logica di separatezza e autonomia, ma come una parte dell'ordinamento nel suo complesso, e nell'ambito dell'ordinamento giuridico la nozione di "violazione previdenziale grave" non può che essere unitaria e uniforme, e rimessa all'autorità preposta al rispetto delle norme previdenziali.

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

L'applicazione del Codice dei Contratti
- XVII Edizione

20 crediti formativi C.N.F. - 60 crediti C.N.I.

WEBINAR, 15 incontri - data inizio: 21 Ottobre

Vuoi saperne di più su questo corso?

Partecipa all'incontro di presentazione gratuito

WEBINAR, 20 Settembre

Percorsi pratici sulla gestione degli appalti

Una guida per la gestione delle gare sotto e sopra soglia
e per la redazione degli atti amministrativi più rilevanti

WEBINAR, 5 incontri - data inizio: 25 Novembre

Il ciclo di vita degli appalti

- **percorso completo:**

Il ciclo di vita di un appalto. Le questioni controverse.

Le soluzioni operative

ROMA, 3 incontri - data inizio: 15 Ottobre

- **lezioni singole:**

Il RUP e la documentazione di gara

ROMA, 15 Ottobre

Digitalizzazione, Trasparenza ed esecuzione del
contratto: adempimenti, nuovi istituti, analisi e modifiche
del contratto

ROMA, 29 Ottobre

I Sottosoglia, il CCT e la gestione amministrativa della
gara: dalla determina all'aggiudicazione

ROMA, 03 Dicembre

APPALTI PUBBLICI

Percorsi Base

Percorso per la formazione base dei RUP

WEBINAR, 5 incontri - data inizio: 27 Settembre

ABC degli Appalti Pubblici

WEBINAR, 3 incontri - data inizio: 27 Settembre

Programmazione e Progettazione

Tecniche di programmazione, progettazione e definizione
della strategia di gara nelle forniture e nei servizi

WEBINAR, 30 Settembre

Gli adempimenti di gara

Gli adempimenti obbligatori pre e post gara

WEBINAR - I edizione, 18 e 27 Settembre

WEBINAR - II edizione, 13 e 20 Novembre

Corso pratico sul monitoraggio delle opere pubbliche

WEBINAR, 22 Ottobre

RUP, DEC e redazione atti di gara

Il RUP, IL DEC e la redazione dei capitolati
di servizi e forniture

BOLOGNA, 10 Ottobre - TRIESTE, 05 Dicembre

RUP e Responsabili di fase

VERONA, 12 Novembre - CAGLIARI, 28 Novembre

Gli incentivi per le funzioni tecniche

WEBINAR, 25 e 26 Novembre

La gara d'appalto tra procedura e redazione atti

WEBINAR, 03 e 12 Dicembre

Atti di gara e affidamenti

Gli affidamenti diretti. Le modalità operative

WEBINAR, 07 Novembre

I contratti sotto soglia: micro affidamenti, affidamenti
diretti e procedure negoziate

NAPOLI, 12 Novembre - BARI, 21 Novembre

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

Società Pubbliche e Settori Speciali

La disciplina sui Settori Speciali alla luce del d.lgs. n. 36/2023

WEBINAR, 13 e 20 Novembre

La gestione delle procedure di gara nelle Società Pubbliche

WEBINAR, 3 incontri - data inizio: 22 Novembre

Il Nuovo Codice e la giurisprudenza

Le importanti novità per tutti gli appalti pubblici contenute nel decreto modifica PNRR

WEBINAR, 02 Ottobre

Il subappalto e le grandi novità del Codice

WEBINAR, 28 Ottobre

Profili critici relativi alla recente giurisprudenza sul Nuovo Codice dei Contratti

PESCARA, 12 Novembre - GENOVA, 26 Novembre

PARMA, 03 Dicembre

Analisi delle questioni più importanti del Nuovo Codice dei Contratti

MILANO, 31 Ottobre

Le problematiche applicative del Codice ad un anno dalla sua entrata in vigore

CATANIA, 19 Novembre

Il MEPA nell'era della Digitalizzazione

- percorso completo:

Guida pratica su come gestire sul MePA affidamenti diretti, procedure negoziate e gare sopra soglia

WEBINAR, 3 incontri - data inizio: 4 Ottobre

- lezioni singole:

Guida pratica su come gestire gli affidamenti diretti sul MePA

WEBINAR, 4 Ottobre

Una guida pratica su come gestire le procedure negoziate sul MePA Consip

WEBINAR, 11 Ottobre

Una guida pratica su come gestire le gare sopra soglia tramite il Sistema di e-Procurement della Pubblica Amministrazione (SEPA) Consip

WEBINAR, 18 Ottobre

APPALTI NELLA SANITA'

Le gare in sanità: tutte le problematiche ad un anno dall'introduzione del Nuovo Codice

CAGLIARI, 08 Ottobre

CONTABILITA' REGIS

La rendicontazione ReGiS

WEBINAR, 30 Settembre e 03 Ottobre

PROJECT MANAGEMENT E BIM

Project Management

Corso base + avanzato di Project Management

WEBINAR, 14 incontri - data inizio: 18 Novembre

Corso base di Project Management

(ISIPM-Base®)

WEBINAR, 6 incontri - data inizio: 18 Novembre

Corso avanzato di Project Management

(ISIPM-Avanzato®)

WEBINAR, 8 incontri - data inizio: 22 Novembre

Building Information Modeling

Il BIM per la Pubblica Amministrazione: come istituire un Ufficio BIM

WEBINAR, 4 incontri - data inizio: 04 Novembre

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



Via Palmitessa, 40
76121 Barletta
Tel. 0883.310504

Email info@mediaconsult.it
Pec mediaconsult@pec.it
[mediaconsult.it](http://www.mediaconsult.it)   



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

Finanza di progetto e qualificazione delle amministrazioni destinatarie delle proposte dei privati nella lettura dell'Anac

di Stefano de Marinis

SOTTO
LA
LENTE

Premessa

Tra le questioni più dibattute a conclusione del primo anno di operatività del nuovo codice dei contratti pubblici vi è senz'altro quella riguardante la qualificazione delle stazioni appaltanti con numerosi interrogativi aperti, tra i quali merita qui di essere esaminato quanto relativo alla capacità di gestire contratti di Partenariato Pubblico Privato, cosiddetti PPP, da parte di amministrazioni non qualificate.

Che trattasi di questioni non secondarie, tanto in generale quanto per il caso specifico che qui intendiamo approfondire, lo dimostra il fatto che l'Anac ha incluso il tema tra le questioni prioritarie da risolvere con l'annunciato decreto correttivo, che per impegno comunitario dovrà essere adottato entro fine anno.

1. Il parere della funzione consultiva n. 9, del 28 febbraio 2024

Sulle modalità di implementazione della disciplina dettata dagli articoli 62 e 63 del nuovo codice, oltretutto dall'allegato II.4 avente, come tutti gli altri, natura transitoria, l'Autorità è, infatti, intervenuta più volte; relativamente al particolare profilo che interessa si è espressa con il parere della funzione consultiva n. 9, del 28 febbraio 2024, riguardante una stazione appaltante non qualificata, destinataria di proposta privata per la realizzazione in concessione di opere ai sensi della speciale procedura di cui all'articolo 193 del d.lgs. n.36/2023, definita come finanza di progetto.

In specie le tre domande che hanno originato il pronunciamento dell'Anac erano:

- se, una volta ricevuta la proposta del privato, resti preliminare ad ogni ulteriore atto della speciale procedura in questione, operare la valutazione di convenienza e fattibilità per il ricorso ai contratti di PPP prevista dall'art.175, comma 2, del codice;
- se, *non potendo rivestire la qualifica di ente concedente*, sia consentito all'Amministrazione *sollecitare i privati, ai sensi dell'art. 193, comma 11, del Codice, a farsi promotori di iniziative volte a realizzare i progetti inclusi negli strumenti di programmazione del partenariato pubblico-privato, di cui all'articolo 175, comma 1, con le modalità previste per la finanza di progetto, ovvero mediante avvisi pubblici, al fine di consentire al maggior numero possibile di operatori economici di valutare la possibilità di formulare proposte;*
- se, in caso di risposta affermativa al precedente quesito, residuino *specifici adempimenti che potrebbero essere ancora nella titolarità dell'Amministrazione richiedente, ferma restando la competenza a tutti i successivi incombenti (valutazione delle proposte, procedura di gara, eventuale stipulazione del contratto di PPP) da parte di ente qualificato.*

Nel dare risposta ai quesiti, l'Anac afferma anzitutto la necessaria propedeuticità della valutazione di convenienza e fattibilità del progetto rispetto a qualsiasi ulteriore attività anche nel caso in esame, osservando come l'art. 175, comma 2, del d.lgs.

36/2023, la richieda espressamente ai fini del ricorso al PPP, *quale atto che, anche alla luce delle finalità di interesse generale sottese allo stesso (come evidenziate nella Relazione illustrativa del Codice), costituisce un adempimento necessario e non derogabile per il ricorso alla procedura di PPP, da svolgere secondo le indicazioni contenute nella disposizione medesima.*

Precisa, inoltre, l'Autorità che *il procedimento teso all'affidamento di un contratto di PPP deve essere svolto, nel suo complesso, da un soggetto qualificato ai sensi degli artt. 62, comma 18, e 63, nonché dell'Allegato II.4 del Codice, i quali richiedono ... un livello di qualificazione specifico per gli enti concedenti, in ragione della complessità e multidisciplinarietà che caratterizza tali tipologie contrattuali (nel senso indicato nella Relazione Illustrativa del Codice ...) senza possibilità quindi di suddivisione del procedimento stesso in diverse fasi, seguite da stazioni appaltanti distinte e in assenza di specifica qualificazione nel senso indicato nell'istanza di parere.*

Conclude il parere che, **in caso di concessioni da affidare mediante finanza di progetto, la valutazione preliminare di convenienza e fattibilità del progetto, coincide con la vera e propria attività di progettazione**, comportando la valutazione di complessi aspetti giuridici, contabili ed economico-finanziari dell'operazione (come sottolineato nella Relazione Illustrativa del Codice).

Rileva su quest'ultimo punto l'Anac che *le proposte di realizzazione in concessione di lavori o servizi provenienti da operatori economici ai sensi dell'art. 193 del Codice devono contenere ... il progetto di fattibilità, la bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione e che l'ente concedente deve ... valutare entro novanta giorni dalla predisposizione della proposta, la fattibilità medesima, invitando se necessario il promotore ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione. Il comma 3 dello stesso art. 193, infine, stabilisce che "Il progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara nei tempi previsti dalla programmazione".*

Pertanto - conclude l'Anac - **la valutazione preliminare ... non è riconducibile alla**

mera attività di "programmazione" degli acquisti ma attiene propriamente alla fase di "progettazione tecnico- amministrativa" della procedura che, in quanto tale, deve ritenersi riservata a soggetti qualificati.

A margine di tali indicazioni, che sostanzialmente sembrano sottrarre all'amministrazione non qualificata specificamente per operazioni di PPP l'esercizio del compito, introdotto dal nuovo Codice, di valutare preliminarmente convenienza e fattibilità del ricorso a tale formula esecutiva per porlo in capo alla centrale di committenza o altra stazione appaltante designata, ed all'uopo qualificata, pare opportuno svolgere alcune considerazioni di merito.

Gestione della fase di programmazione di un PPP e qualificazione della committenza

Ancorché condivisibile sul piano delle finalità, da riferirsi alla necessità di assicurare adeguatezza e competenza nella valutazione delle proposte che le amministrazioni, nel caso di specie, possono ricevere da operatori privati, la scelta di ricondurre nella fase della progettazione la valutazione preliminare di convenienza degli interventi da realizzare in PPP piuttosto che nella programmazione cui detta valutazione naturalmente pertiene, collocandosi sequenzialmente addirittura a monte della stessa, pare finalizzata più ad incrociare le previsioni di cui all' articolo 63, comma 5, del codice che, per quanto testé riportato, corrispondere ad una solida giuridica convinzione.

Secondo la normativa citata, infatti, il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti/concedenti copre: a) la capacità di progettazione tecnico-amministrativa delle procedure; b) la capacità di affidamento e controllo dell'intera procedura; c) la capacità di verifica sull'esecuzione contrattuale, ivi incluso il collaudo e la messa in opera.

Il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti nel nuovo codice non include la programmazione

La previgente disciplina aveva, viceversa, una portata più ampia, ed in tal senso congruente con le posizioni oggi perseguite dall'Anac posto che l'articolo 38, comma 3, del d.lgs. 50/2016, agli stessi fini in origine includeva anche la capacità di programmazione.

La soppressione del riferimento a tale fase la si deve all'articolo 8, comma 5, lett. a), punto 3.2, del decreto 16 luglio 2020, n.76, convertito con modifiche dalla legge 11 settembre 2020, n.120 (semplificazioni 1), ciò che peraltro pone il problema se l'attuale formulazione del codice debba considerarsi frutto di una svista del legislatore, sanabile in sede di correttivo, ovvero di una scelta specifica volta a stabilizzare gli effetti ritenuti positivi della legislazione cosiddetta in deroga.

Peraltro, sottrarre alle Amministrazioni non qualificate la capacità in genere di programmare in proprio interventi, ancorché per le successive fasi attuative da gestire ad opera di soggetti qualificati, parrebbe incongruo.

La giustificazione per una risposta nel senso auspicato dall'Autorità, in grado di offrire argomenti forse più solidi per affermare la necessità del ricorso ad una committenza qualificata per la valutazione delle iniziative di PPP, specie se di provenienza privata, avrebbe potuto trovar sponda nel comma 5 dell'articolo 174, secondo cui **detti contratti possono essere stipulati solo da enti concedenti qualificati ai sensi delle vigenti disposizioni.**

Il senso della previsione dell'articolo 174 comma 5 del Codice

In quest'ottica la norma andrebbe letta come vera e propria disciplina speciale, interpretando il richiamo alla stipula in modo estensivo, evidentemente esteso anche all'esecuzione dell'intero contratto, ma la domanda a questo punto anche qui resterebbe se fino al punto da includervi il processo valutativo preliminare di convenienza e fattibilità di cui all'articolo 175, comma 2, attività che peraltro dovrebbe sempre spettare all'amministrazione che procede in quanto, come detto, addirittura propedeutica all'attività di programmazione.

In senso opposto, interpretando alla lettera il termine stipula, la soluzione sarebbe che ferma la capacità di provvedere in via autonoma alle fasi anteposte alla gara, sarebbe la sola fase di affidamento della concessione, estesa fino alla stipula del contratto (in nome e per conto della amministrazione delegante) l'attività da espletarsi comunque mediante ricorso a entità specificamente qualificate.

La valutazione delle proposte può rientrare nella fase della gara?

In quest'ottica, forse più facile sarebbe stato sostenere che la valutazione delle proposte private, specie se pervenute a valle di interventi già programmati come PPP (*vedi infra*) attengono alla fase di scelta del contraente, ovvero dell'affidamento, fase senz'altro coperta in ogni caso dal sistema di qualificazione.

Le conclusioni cui giunge l'Autorità appaiono, dunque, nel senso di **un'interpretazione sistematica** delle norme **del codice e dell'allegato II.4** che, anche in quanto contratti oggettivamente complessi, specie in questa prima fase di implementazione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti preclude di procedere con la valutazione delle proposte di PPP formulate dai privati da parte di soggetti non qualificati.

Ulteriore questione interpretativa comunque implicata dal pronunciamento dell'Anac riguarda l'ambito applicativo cui si riferisce l'obbligo di gestire le operazioni di PPP solo ad opera di amministrazioni specificamente qualificate.

2. I PPP d'importo inferiore alla soglia fissata per gli affidamenti diretti

Non a caso, infatti, il tema occupa gran parte dell'ampio elaborato messo a punto dall'Autorità in vista dell'adozione del decreto correttivo.

Secondo l'Autorità, infatti, *appare necessario anzitutto chiarire quali siano le soglie di qualificazione per gli affidamenti delle concessioni e dei PPP* posto che mentre il comma 1 dell'art. 62, sembra stabilire che l'ambito esente riguardi anche le concessioni, il successivo comma 18, gli articoli 3, comma 5, e 5, comma 5, dell'allegato II.4 sembrano poter accreditare conclusioni diverse.

In particolare, le ultime due disposizioni prevedono che per i contratti di concessione e di PPP "di qualsiasi importo" le stazioni appaltanti devono possedere almeno una qualificazione di secondo livello: *la confusione* - motiva il documento - *nasce dalla difficoltà di comprendere se la dizione "di qualsiasi importo" si riferisca a un qualsiasi importo in senso assoluto ovvero a un qualsiasi*

importo che sia però superiore alle due soglie di cui all'art. 62, comma 1, del codice.

Analoga questione si pone con riferimento alle previsioni di cui all'articolo 62, comma 6, lettere c) e d) del Codice, *che - sempre secondo Anac - consentono alle stazioni appaltanti non qualificate di ricorrere autonomamente a strumenti di negoziazione (per acquisizioni sottosoglia europea) e/o a strumenti di acquisto.*

3. La proposta di modifica del Codice suggerite dall'Anac

La soluzione che si legge nel documento recante le proposte di modifica è di specificare, all'art. 5, comma 5, dell'allegato II.4, che gli affidamenti di PPP per i quali si richiede la qualificazione sono quelli superiori alle soglie di cui all'art. 62, comma 1.

L'Anac suggerisce inoltre una modifica dell'art. 62, comma 6, lett. c), richiamando non tanto le soglie europee quanto quelle di qualificazione, peraltro ritenendo necessario disporre in generale, nei lavori, l'obbligo della qualificazione per gli affidamenti di importo superiore a 150.000 euro.

4. L'obbligo di qualificazione non riguarda l'ambito degli affidamenti diretti

Al di là dei distinguo *de iure condendo* sopra evocati, l'obbligo di qualificazione per la gestione dei relativi contratti non appare comunque doversi oggi leggere in senso assoluto, bensì riferito ai soli PPP di importo superiore ai 500.000 euro a base di gara per il caso di lavori, contesto in cui peraltro pare rientrare la fattispecie esaminata dall'Anac nel parere qui in evidenza al quale solo riferire le relative conclusioni, e ai 140 000 euro per forniture e servizi.

Al di sotto di detti valori non vi è obbligo, ai sensi dell'articolo 62, comma 1, di qualificazione per la gestione dei relativi contratti, ciò che senz'altro riguarda gli appalti e che, in principio, deve valere anche nel caso di PPP.

Resta da dire del rapporto tra le proposte che le amministrazioni ricevono dai privati, ai sensi

dell'articolo 193 del Codice, a seguito di specifica sollecitazione operata dalle amministrazioni stesse in base al comma 11 della norma in parola e l'apposito strumento di programmazione delle iniziative da realizzare tramite PPP.

5. Diverso rapporto tra programmazione e valutazione di utilità nella finanza di progetto su iniziativa pubblica o privata

Il punto, che dal tenore della richiesta di parere indirizzata all'Autorità sembrerebbe peraltro riguardare proprio il caso di specie, attiene al fatto che secondo la nuova disciplina codicistica la valutazione di utilità ex articolo 175, come già detto, precede l'inserimento dell'iniziativa nella programmazione triennale, cosicché la valutazione delle proposte del privato presentate a valle di un'iniziativa ivi già inclusa sembra riguardare aspetti diversi.

In altri termini il quesito che si rafforza a valle del pronunciamento dell'Anac è se le iniziative del privato, ex art. 193, possono riguardare solo interventi non già programmati come PPP dalla amministrazione destinataria della proposta o anche quelli già inclusi nei relativi strumenti di programmazione.

Nel vecchio codice tale possibilità era in origine preclusa, ma con il già citato decreto legge n. 76 del 2020 la limitazione, non senza perplessità degli interpreti, era venuta meno; il d.lgs. 36 avrebbe in principio ripristinato la limitazione, laddove il comma 2 dell'articolo 193 prevede che *il progetto di fattibilità, una volta approvato, è inserito tra gli strumenti di programmazione dell'ente concedente*; palesemente in senso opposto il successivo comma 11 afferma che *l'ente concedente può sollecitare i privati a farsi promotori di iniziative volte a realizzare i progetti inclusi negli strumenti di programmazione del partenariato pubblico-privato, di cui all'articolo 175 comma 1 con le modalità disciplinate nel presente Titolo*, ciò che evidentemente riapre il tema lasciando operanti entrambe le possibilità: proposte di interventi in PPP del tutto nuove e proposte su interventi già individuati in programmazione come tali (quindi già positivamente valutati ex articolo 175, comma 2).

Secondo la Relazione che accompagna il nuovo codice (pagina 230), infatti, resta comunque salva la possibilità per gli operatori economici di presentare proposte sia con riferimento ad iniziative non presenti negli strumenti di programmazione, sia con riferimento ad iniziative ivi presenti, **proponendo modalità diverse di realizzazione.**

6. I punti di domanda aperti

Solo nel primo caso peraltro sarebbe quindi da considerare riferibile l'interpretazione dell'Anac per la quale la valutazione di convenienza sulle proposte che originano per intero dal privato vada svolta di necessità da stazioni appaltanti appositamente qualificate (fermo, come detto, l'importo superiore al limite previsto per gli affidamenti diretti) o tale limitazione vale anche per gli interventi che l'amministrazione non qualificata intenderebbe realizzare in PPP, salva preventiva valutazione di convenienza da svolgersi necessariamente ad opera di altra stazione appaltante all'uopo qualificata? Nella prima ipotesi si tratterebbe di attività ulteriore e parzialmente diversa dalla propedeutica valutazione di convenienza, riferita ai (soli) aspetti comparativi della proposta privata rispetto quella originariamente concepita; nella seconda sarebbe proprio la fase di programmazione a trovarsi *finalisticamente* inclusa nelle attività da svolgersi necessariamente da soggetti qualificati.

Ulteriori ambiti di possibile incertezza riguardano, infine, ancora la fase valutativa della proposta: può essere questa affidata a terzi qualificati, ad esempio ad una banca, da parte di amministrazioni non qualificate laddove l'importo dell'incarico fosse di valore inferiore alla soglia libera prevista per gli affidamenti diretti mentre quello complessivo del PPP viceversa eccedesse detta soglia?

Secondo il parere dell'Autorità sembrerebbe doversi rispondere negativamente (... *il procedimento teso all'affidamento di un contratto di PPP deve essere svolto, nel suo complesso, da un soggetto qualificato*) ma siamo certi che l'indicazione che considera (solo) l'affidamento, è riferibile anche all'evocata fattispecie?

Trattasi di questioni non chiare che andrebbero anch'esse aggiunte ai profili da considerare in sede di correttivo.

Norme di Project Management (e non solo)

Pier Luigi Guida



IL
PUN
TO

Premessa

L'ultima edizione del codice degli appalti (DLgs 36/23) ha introdotto il riferimento ad alcune nuove norme in tema di project management al fine di raccomandare l'uso di cosiddette buone pratiche nella realizzazione di nuovi progetti, che nella fattispecie abbiano per oggetto una nuova opera, prodotto o servizio posto a base di un pubblico contratto.

Trattasi delle norme UNI ISO 21500 e 21502 [1, 2], rispettivamente citate in particolare in allegato I.7, art.3 (Documento di indirizzo alla progettazione) e art. 30 (Cronoprogramma) nonché in altri punti in modo più o meno diretto.

Per alcuni operatori, quali le società di ingegneria e le imprese più mature nella disciplina di gestione

progetti, queste sigle possono essere già note; per altri può trattarsi di nuovi oggetti o "intrusi", anche per l'introduzione relativamente recente degli stessi riferimenti nel quadro normativo nazionale.

Altri riferimenti sono la norma UNI 11337 [3], che riguarda il volgarizzato BIM (Building Information Modelling) e tutta una serie di norme, oggetto di altro allegato (II.13), in materia di certificazioni e marchi rilevanti ai fini della riduzione della garanzia), come da art. 106 del codice.

Lo scopo delle presenti note è di fare un po' di chiarezza su questi temi, anche perché spesso li riteniamo non ancora del tutto compresi.

Ma dapprima cogliamo l'occasione per introdurre più in generale la disciplina di dette norme o cosiddetti standard.

1. Norme o standard (internazionali e nazionali)

La nuova norma UNI ISO 21502 costituisce la naturale evoluzione della precedente (2012), promossa a livello internazionale ISO (Organizzazione internazionale degli standard) oltre che recepita nel nostro paese, la quale definisce i contenuti generali della disciplina del project management.

Publicata infatti da ISO (International Standardization Organization) verso la fine del 2020, è stata quindi recepita e tradotta dal nostro Ente di normazione (UNI), divenendo appunto "UNI ISO". Ricordiamo che la materia è presidiata da un apposito comitato costituito in seno all'UNI fin dal 2008, in occasione dell'avvio da parte dell'ISO dei lavori per una nuova serie di norme internazionali sul project management.

Ciò diede origine alla prima ISO 21500 nel 2012, mentre i lavori si rivitalizzarono alcuni anni or sono, originando la nuova ISO 21500, che tuttavia cambiava di struttura rispetto alla precedente, configurandosi solo come una norma di introduzione alla stessa serie, e rinviando alla nuova UNI ISO 21502 la disciplina più in dettaglio del project management.

Allo stesso tavolo UNI partecipano diversi enti e stakeholder, fra cui tutte le associazioni di project management del nostro paese, dal cui contributo è stata inoltre licenziata una norma nazionale (UNI 11648) rivolta alla certificazione della figura di project manager. In sintesi, tale norma definisce la figura professionale del project manager, declinando quelli che sono i requisiti di conoscenze, abilità, autonomia e responsabilità, ovvero in senso lato le qualità che un project manager dovrebbe possedere nei diversi contesti di lavoro.

2. Significato di "norma"

Con l'occasione ci sembra opportuno spendere alcune parole sul significato e sui concetti di *norma*, non solo riferita come norma o *standard* tecnico, con particolare riferimento ai settori di ingegneria e architettura, ma anche ad altri e più generali campi di applicazione. Infatti, le norme rappresentano in generale uno "standard" di

riferimento per le attività di mercato, industria, servizi ecc. nelle più svariate applicazioni dello scibile umano.

Per chiarire i termini, osserviamo che alcuni potrebbero distinguere tra "*norma*" e "*standard*", ritenendo il primo un tipo di documento il cui uso risulti in generale obbligatorio o come si dice mandatorio, e il secondo termine – *standard* – un documento di meno imperativo utilizzo, quale una linea guida di buone prassi e raccomandazioni. In realtà quest'ultimo è lo stesso termine utilizzato nel lessico inglese e come tale in generale impiegato.

Infatti, all'origine i due termini hanno pari significato e valenza, con l'intento di promuoverne un utilizzo volontario, salvo avere, in particolari contesti, effettivamente un significato più restrittivo, quale documento riconosciuto e d'uso obbligatorio per determinati ambiti e professioni, come ad esempio le "*norme tecniche di costruzione*". Nel presente contesto non faremo distinzione fra le due voci, salvo appunto le restrizioni del caso, peraltro oggetto di successivi chiarimenti.

In generale una norma nasce per consolidare una certa disciplina o lo stato dell'arte in una data materia, che perciò si ritiene utile "normare" o rendere standard per facilitare la società o una certa categoria di clienti e utenti nel perseguimento di propri interessi e finalità comuni.

Come si intuisce, esistono infatti beni comuni da tutelare, di elevato interesse, come la salute, la sicurezza (nelle sue più ampie e svariate accezioni) e altri, ma anche beni d'uso e utilità di più apparente e modesto valore – come disporre di una stessa spina della corrente quando si viaggia in altri paesi – per i quali si rende necessario od opportuno avere prodotti, sistemi, ma anche processi di lavoro e, in modo sempre più diffuso, anche competenze professionali di carattere standard.

Di diretto effetto è l'impatto che tali standard possono in generale avere anche sul commercio internazionale nonché l'accesso, l'apertura e lo sviluppo dei mercati. Da cui l'interesse dei paesi, nonché delle imprese e delle organizzazioni di diversa natura, a collaborare per definire, rendere pubblici, raccomandare, e nel caso rendere

cogente, per legge o *de facto*, l'uso di cosiddetti standard tecnici.

Negli ultimi decenni, con lo sviluppo dell'informatica, sono entrati sempre più nell'uso termini come sistemi interoperabili, aperti ("open") e simili, oggi di volgare intuizione, ma che hanno alla base gli stessi concetti e, talvolta, hanno alle spalle una lunga storia di accordi, convergenze fra comunità, economie e paesi aventi all'origine anche opposti interessi, che trovano infine convenienza a mettersi d'accordo.

La presenza di una norma può essere in particolare utile in causa di giudizio, allorché ad esempio il giudice ne possa richiedere l'eventuale esistenza al consulente tecnico di ufficio (CTU) per avvalorarne i criteri di valutazione¹.

Il mondo degli standard si basa in generale su un modello istituzionale, riconosciuto dagli stati a livello sovranazionale e nazionale, tramite il quale più riuscire infatti più semplice divulgare o richiedere l'applicazione degli standard nei singoli paesi. In breve, questo sistema di normazione può essere rappresentato come in figura 1, che pur non essendo esaustiva di tutte le organizzazioni che operano in materia, copre la maggior parte dell'ambito avente qui interesse.

Internazionali	ONU	IEC, ITU
Unione Europea	CEN	CENELEC, ETSI
Italia	UNI	CEI

Figura 1
Enti istituzionali di normazione internazionali e nazionali (in terza colonna, settori elettrotecnico e telecomunicazioni)

La figura rappresenta infatti gli organismi, che nei diversi contesti rappresentano gli enti istituzionali in argomento.

Come si rileva, esistono tre livelli di normazione:

- a livello internazionale operano tre organismi: ISO (*International Standardization Organization*), l'Organizzazione internazionale degli standard, costituita nel 1947 sotto l'egida ONU; IEC (*International Electrotechnical Commission*, in materia di sistemi elettrici ed elettronici) ed ITU (*International Telecommunication Union*), in materia di telecomunicazioni;
- a livello di Unione Europea operano tre corrispondenti organismi, rispettivamente CEN, CENELEC e ETSI;
- a livello nazionale, sono presenti in modo analogo UNI, l'Ente italiano di normazione italiana, e CEI, Comitato Elettrotecnico Italiano, le cui rispettive sigle risultano verosimilmente più note.

L'ISO, ad esempio, conta oltre 300 comitati tecnici o TC (*Technical Committee*) competenti ciascuno per le diverse materie².

Deriva in particolare da queste sigle la identificazione dei documenti rilasciati dai diversi enti, i cui acronimi fanno da riferimento iniziale al contesto in cui una norma viene riconosciuta ed acquisita, come ad esempio: UNI, UNI ISO, UNI EN ISO e simili.

In particolare, le norme europee EN (*European Norm*) hanno una certa prevalenza di applicazione negli stati dell'Unione, quando in particolare siano richieste o poste a base di "certificazione" delle organizzazioni a livello istituzionale.

L'esempio più noto è verosimilmente la norma UNI EN ISO 9001, relativa ai sistemi di gestione della qualità, il cui possesso è ad esempio comune requisito nelle gare pubbliche.



1. Questo fu ad esempio il caso di un nostro conoscente, che designato a svolgere attività di perito di tribunale in un contenzioso in materia di servizi di consulenza direzionale, ebbe tale richiesta dal giudice, che avendone nella fattispecie risposta positiva si mostrò soddisfatto nell'istruire il processo.

2. A livello europeo esistono ad esempio oltre ad UNI in Italia (fondato nel 1921), altri enti nazionali di normazione quali BSI in Gran Bretagna (1901), AFNOR in Francia (1926), DIN in Germania (1927), e altri.

La cogenza delle norme EN deriva dal fatto che è d'obbligo riferirsi alla norma europea EN in argomento, se presente nel rispettivo ambito di applicazione, e non ad esempio fare riferimento a testo di altra fonte o di altro paese.

Come si intuisce, una norma più in generale avere origine al tavolo di normazione di un qualsiasi paese, nonché a livello europeo (EN) o mondiale (ISO), e quindi essere acquisita e tradotta negli altri contesti. È ad esempio il caso della norma ISO 21500 di project management, che cercheremo di conoscere meglio, che dapprima è stata promossa e pubblicata a livello ISO, quindi recepita e tradotta nella nostra lingua, come UNI ISO 21500.

Viceversa, possono esservi casi di norme nazionali che per il relativo interesse vengono di seguito recepite ed estese a livello EN e/o ISO³.

Altri tipi di norme, quali ad esempio UNI ed UNI ISO, non hanno in origine carattere mandatorio, poiché qualsiasi norma o standard nasce in principio per avere carattere di applicazione volontaria da parte delle organizzazioni, dal cui uso le stesse possano trarne vantaggio quale miglioramento dei propri processi e prodotti sul mercato, oltre che essere strumento di promozione tecnico-commerciale⁴.

La cogenza di una norma deriva quindi dal fatto che esiste un atto legislativo che renda cogente l'utilizzo della stessa norma, oltre che divenire uno standard di fatto di comuni e riconosciute pratiche dello stato dell'arte.

Talvolta, peraltro, il processo di nascita è inverso, come ad esempio è avvenuto in certi casi di norme europee per determinati settori.

In tal caso una direttiva europea ha anticipato e richiesto, demandando ad opportuni enti ed associazioni industriali, la redazione di specifiche norme, da porre a base della realizzazione di nuovi prodotti e sistemi, per sostenere certe politiche industriali, innovazioni o altri indirizzi strategici per lo sviluppo di un settore comunitario ovvero assicurare la cosiddetta "cross acceptance" dei sistemi nei diversi paesi dell'Unione⁵.

Ciò in particolare assicura che un certo prodotto, certificato nel rispetto di determinati standard di progettazione, produzione, qualificazione del personale nonché soggetto a specifici organismi di controllo di un paese UE, possa essere così accettato e commercializzato in altro paese dell'Unione.

Peraltro, un qualsiasi contratto, di natura sia pubblica che privata, può in principio richiedere e quindi rendere cogente l'applicazione di una qualsiasi norma, ad es. americana, quando risulti opportuna o necessaria per la realizzazione di un determinato prodotto.

Ciò potrebbe ad esempio valere qualora si debbano rispettare particolari requisiti o non esistano altri standard locali aventi analoga finalità. Ciò può avvenire ad esempio nel caso di certi settori tecnologici o industrie in cui il "prime contractor", ad esempio un'industria aerospaziale americana, intenda usufruire di un fornitore italiano per la realizzazione di certi componenti.

In tal caso, può essere la stessa industria cliente a definire standard interni e certificare il fornitore; un percorso spesso avvenuto in passato, ove si richiedano requisiti specifici o più severi rispetto a quelli standard di mercato.

3. In generale la disponibilità del testo nella lingua nazionale di un certo paese non è condizione necessaria per l'acquisizione da parte dell'ente di normazione nazionale, potendo ad esempio valere solo il testo originale inglese, anche in attesa di relativa traduzione.

4. "Organizzazione" è il termine classico normativo per designare ogni soggetto economico e sociale che significhi impresa, azienda, NGO, o parte di un'organizzazione più estesa e simili.

5. Ciò che è avvenuto ad esempio nel trasporto ferroviario, circa l'introduzione di nuovi standard e specifiche tecniche tesi ad assicurare l'interoperabilità fra paesi dei nuovi sistemi ad alta velocità.

Talvolta in tali settori (difesa, nucleare, aerospazio, farmaceutica ecc.) avere la certificazione nominale di un leader di mercato, o partecipare solo ai relativi progetti, può rappresentare un fiore all'occhiello del subcontraente, oltre che essere più generale prova di competenze e di assicurazione di qualità verso altri clienti.

3. Tipi di norme e processi di certificazione

Il contesto delle norme dovrebbe completarsi richiamando in generale il tipo di norme e il quadro dei processi di cosiddetta "certificazione", su cui spesso si rilevano improprietà di linguaggio e di contenuti, anche in relazione a quanto appare in bandi pubblici.

4. I processi di certificazione

Tutti gli standard in parola possono distinguersi, secondo l'oggetto di applicazione, fra norme di *prodotto*, di *processo* e, sempre più spesso negli anni recenti, di *personale*. Quelle di primo tipo, o di prodotto, come si può intendere riguardano il rispetto di determinate specifiche tecniche di un certo prodotto o componente, da impiegare nell'industria per la manifattura di componenti e sistemi più complessi.

Ciò si può ad esempio riconoscere in determinati simboli che la legge impone di applicare, come il "marchio CE" e altri.

Le norme di *processo* riguardano invece il rispetto di standard inerenti la gestione di attività, procedure e approcci di carattere aziendale, per lo svolgimento di determinati processi organizzativi.

Tipica la citata norma UNI EN ISO 9001 sulla qualità, che in pratica tutti riconoscono: dalla certificazione di una azienda ovvero requisito dovuto o migliorativo in una gara pubblica, all'omonimo marchio sulla bottiglia di acqua minerale sulla nostra tavola.

Dette norme appartengono più in generale alla cosiddetta categoria dei "sistemi di gestione" (*management systems*), di cui il più noto è quello relativo alla stessa qualità, ma ve ne sono numerosi altri che specie negli ultimi anni sono cresciuti di numero, ad esempio in tema di ambiente, sicurezza delle informazioni ecc.

Attraverso questi standard e rispettivi processi di valutazione e audit nonché la dichiarazione di un ente terzo accreditato (organismo di certificazione, OdC), si può "certificare" che una determinata azienda od organizzazione ha posto in essere e persegue un certo sistema di processi di gestione, quale modello imperativo attraverso cui si conducono i propri processi di lavoro e attività; ma altrettanto si rispettano determinati approcci e criteri di valori posti a base della missione o del settore di competenza⁶.

Si osservi tuttavia che tali standard dei sistemi di gestione riguardano i requisiti di conformità dei relativi "processi", per cui in principio non se ne può tradurre *sic et simpliciter* la valenza ai risultati di "tutti" i prodotti nella fattispecie realizzati; avere per esempio un sistema di gestione qualità non offre l'assoluta garanzia di (totale) qualità dell'intera produzione, anche in virtù di metriche e altri processi di misura, che abbiano definito ad esempio certe tolleranze o criteri di accettabilità degli stessi processi (possibilmente soggetti al rispetto di altri standard e controlli)⁷.

6. Fra tali valori figurano spesso quelli derivati dallo stesso sistema di gestione qualità, che per primo ha fatto scuola in materia, in termini ad esempio di leadership della direzione, qualificazione del personale, approccio al cliente, e miglioramento continuo.

7. Ad esempio, nell'industria il caso dei cosiddetti processi "6 σ " o six-sigma che hanno l'obiettivo di produrre poco più di 3 elementi fallati ogni milione di elementi prodotti.

L'uso di una norma è pertanto una testimonianza di approccio, di organizzazione, etica e leadership del management, ma non già una certezza assoluta.

Le norme del *personale* riguardano infine la certificazione di singole persone, ritenute capaci o che si riconoscono avere certe competenze per svolgere determinati ruoli o professioni.

La norma nazionale UNI 11648 [4], come si dirà in seguito nella presente serie di articoli, riguarda appunto il caso della certificazione di project manager.

Un processo di certificazione ha quindi l'obiettivo di attestare che un certo prodotto, processo o persona risultino conformi secondo un determinato standard, fornendo assicurazione o garanzia verso il mercato, comunità di consumatori, istituzioni o perfino la direzione delle stesse industrie, che una certa organizzazione, settore merceologico o singoli professionisti adottino riconosciuti processi, norme tecniche e buone pratiche dello stato dell'arte nella fornitura dei propri prodotti e servizi.

La materia è come s'intende molto ampia, ma trova principale riferimento nel Regolamento europeo UE 765/2008 [5], in particolare attraverso l'istituzione e il riconoscimento, nei singoli paesi, degli enti di accreditamento - in Italia è presente Accredia [6] - cui è demandata la responsabilità di governare la materia di certificazione; dal citato regolamento è esclusa la più delicata materia del personale, di interesse più recente ed avente altri riferimenti, anche a livello dei singoli paesi.

Accredia svolge la missione di accreditamento e ispezione dei singoli Organismi di Certificazione (OdC), organizzazioni specializzate e deputate nei diversi campi ad offrire al mercato servizi appunto di certificazione di terza parte⁸.

Sullo stesso termine di "certificazione" si devono porre peraltro alcune attenzioni, essendo lo stesso termine utilizzato in diversi contesti e con significati più generici e informali.

Si ricordi, ad esempio, che specie nei sistemi di qualità, che sono stati prodromi in materia, viene tendenzialmente usata la definizione di certificazione di "prima", "seconda" e "terza parte", a seconda del livello di indipendenza nonché assenza di conflitto di interesse fra chi attesta e assicura la conformità, e l'organizzazione soggetta a valutazione, ove nella fattispecie si usino le dizioni di certificazione di "prima" e di "seconda parte"; ad esempio trattasi di:

- "prima parte" il caso di enti od organizzazioni non indipendenti dalla medesima organizzazione oggetto di valutazione e audit, come ad esempio un ufficio o dipartimento diversi della generale organizzazione in oggetto⁹;
- "seconda parte" il caso di un ente ispettivo esterno, che tuttavia conservi una certa relazione di contiguità e comunità di interessi, come per esempio un ente o associazione professionale di appartenenza.

Per non confondersi con detta terminologia, sarebbe infatti più appropriato definire come "certificazione" *solo* quella istituzionale di terza parte, e meglio come "qualificazione" quella di parte "inferiore". Tanto anche in ossequio ad una maggiore chiarezza e trasparenza verso un pubblico non perfettamente esperto in argomento.

Infatti, secondo un tale approccio, una "qualificazione" potrebbe anche essere intesa come un livello di riconoscimento inferiore o requisito preliminare per la stessa certificazione, come meglio si chiarerà introducendo il tema della certificazione di project manager, un requisito



8. Accredia è infatti l'ente unico nazionale di accreditamento designato dal governo italiano, in applicazione del citato Regolamento, ad attestare la competenza e l'imparzialità degli organismi di certificazione, ispezione, verifica e validazione, e dei laboratori di prova e taratura. Accredia è un'associazione riconosciuta che opera senza scopo di lucro, sotto la vigilanza del Ministero delle Imprese e del Made in Italy [6].

9. Ad esempio, un dipartimento della funzione qualità che controlli altro dipartimento di produzione, in una stessa o in un gruppo multinazionale di aziende

progressivamente entrato anche in diversi bandi della pubblica amministrazione.

Ci si può chiedere infine come nasce una norma, sebbene il quesito non abbia risposta univoca. A parte infatti i casi di più alto livello istituzionale, che comunque interpretano certe esigenze originate dal mercato e da segmenti della società, settori produttivi e altri, ogni membro o gruppo di stakeholder, associazioni industriali, professionali ecc., partecipanti ad esempio ad uno degli enti nazionali di normazione, o tali da farvi pervenire le proprie istanze, può farsi promotore e originariamente proporre la redazione di un nuovo standard; per cui seguendo certe procedure si potrà istituire un nuovo tavolo di lavoro a ciò dedicato, con la partecipazione di un certo numero di membri, esperti e diverse parti interessate, che possano rispondere all'esigenza di approfondire il tema e costituire il tavolo di lavoro incaricato di avviare la redazione di un nuovo testo.

Si procederà quindi nell'iter previsto, attraverso un processo più o meno lungo di convergenza verso il risultato atteso, il coinvolgimento di altri stakeholder ecc., sino alle auspicate fasi di inchiesta pubblica e approvazione finale dell'ente di normazione.

In campo internazionale il processo è sostanzialmente simile, avviando ad esempio i lavori per un nuovo standard sulla base dell'esigenza manifestata da una o più delegazioni di enti nazionali, la costituzione di un gruppo di paesi membri interessati, l'approvazione di un certo consenso di interessi e così via.

Più semplice può essere naturalmente il processo quando si tratti di votare l'acquisizione di un testo già esistente e, riconoscendo l'esperienza già maturata per esempio in un ambito nazionale, convertirlo in uno standard avente più ampio contesto di applicazione, come europeo (EN) o mondiale (ISO).

5. Tipi di norme

Entrando nel merito di aspetti più strumentali e formali dell'uso delle norme, osserviamo che in ambito ISO si distinguono diversi tipi di standard, in relazione a finalità e utilizzo degli stessi [7].

Una prima distinzione riguarda le norme dei cosiddetti e già menzionati "*Management System Standard*" (MSS) o sistemi di gestione, che riguardano i requisiti di sistemi di processi idonei a supportare le funzioni di guida o cosiddetta "governance" delle organizzazioni ai diversi livelli – come il già citato sistema di gestione della qualità (basato sulla norma UNI EN ISO 9001) –, nonché altre norme di "Requisiti" ("*Requirements*") di più generale impiego.

Ulteriore classificazione riguarda i cosiddetti "Tipi" ("*Types*") di standard, rispettivamente Tipo A e Tipo B, in relazione ai requisiti di certificazione della rispettiva disciplina ivi trattata.

In particolare, unicamente gli standard di Tipo A possono essere posti a base di un processo di certificazione aziendale, comprendendo infatti una serie di requisiti che dovranno in generale essere soddisfatti nel loro insieme dall'organizzazione.

La quale dovrà appunto dimostrarne il possesso nel corso degli audit condotti dai citati Organismi di certificazione. Gli standard Tipo B non possono invece essere posti a base di processi certificativi, ma costituire ulteriori linee guida, raccomandazioni e simili, per applicare gli stessi standard di Tipo A ovvero rappresentare altri documenti di riferimento, al fine di supportare altri processi aziendali.

La differenza fra i due suddetti tipi di standard si evidenzia anche nella forma linguistica dei medesimi; mentre infatti quelli che possono essere posti a base di certificazione (Tipo A) impongono i rispettivi requisiti come obbligatori, attraverso l'uso del predicato in forma inglese di "*shall*" (cioè "deve"), i secondi (Tipo B) si limitano a rappresentare funzioni di linee guida e raccomandazioni, attraverso l'uso del predicato "*should*" ("dovrebbe"). Alcuni standard Tipo A possono peraltro contenere entrambe le forme.

Si ricorda inoltre che di recente l'ISO ha adottato una struttura comune di alto livello per la redazione dei documenti dei sistemi di gestione, cosiddetta HLS (*High Level Structure*), avente lo scopo di omogeneizzare termini e definizioni nonché adottare un singolo sistema di gestione "integrato", comprendente i requisiti di due o più sistemi di gestione tematici; come ad esempio si riscontra nei casi di certificazione integrata dei sistemi di qualità, sicurezza delle informazioni, sostenibilità e altri.

In definitiva si osservi che qualsiasi norma o standard:

- può essere adottato in modo volontario da una organizzazione allo scopo di sviluppo e miglioramento dei processi interni, eventualmente in attesa di conseguire la certificazione, in relazione ad ulteriori esigenze in termini legali o contrattuali;
- può essere preso a riferimento per scopi contrattuali, per tutti o parte dei requisiti previsti, ad esempio trasformando o specializzando specifiche indicazioni di linee guida (*should*) in requisiti di contratto.

In aggiunta alle famiglie di standard definibili primari, si aggiungono poi altri tipi di documenti, che nella sigla iniziale aggiungono determinate lettere, come ad esempio ISO/TR o /TS, per significare rispettivamente *Technical Report* (Rapporto Tecnico) o *Technical Specification* (Specificazione Tecnica) quali documenti di natura più tecnica e applicativa per gli esperti di settore.

Infine, devono essere citate le cosiddette (nel lessico nazionale) "Prassi di Riferimento" (PdR), norme la cui edizione può avere processi semplificati e tempi di redazione più spediti (ad es. 6 - 12 mesi) rispetto a quelli normali (alcuni anni).

Trattasi di norme a carattere pilota e sperimentale, in genere proposte da un gruppo limitato di stakeholder, che ne promuovono e gestiscono il lavoro per dare più immediata risposta ad una specifica esigenza.

Una volta pubblicate, dette prassi possono essere comunque adottate da tutti gli operatori economici di mercato e trascorso un certo tempo di applicazione (non superiore a 5 anni) se ne può valutare la trasformazione in norme con carattere permanente ovvero farle decadere per mancanza di interesse e diffusione.

Un esempio in questione è rappresentato dalla UNI/PdR 74:2019 *Sistema di Gestione BIM - Requisiti* [8], nato per rispondere alle esigenze delle imprese di avere a disposizione un documento certificabile dei processi BIM, a integrazione della norma UNI EN ISO 9001; di questa mentre si scrive dovrebbero essere programmati i lavori di aggiornamento e conversione in standard permanente.

La stessa dizione di prassi di riferimento è nota in inglese come PAS (*Publicly Available Standard*), per indicare il fatto che detti standard sono disponibili in dominio pubblico presso i rispettivi enti di normazione, senza essere soggetti all'onere di acquisto.

Tab.1 – Termini e concetti

Completiamo l'articolo fornendo un riquadro di richiamo ad alcuni concetti e termini principali qui esposti, anche quale riferimento ai corrispondenti in lingua inglese (Tabella 1), riservandoci di riprendere l'argomento, in tema di norme di project management e certificazione del project manager.

Tabella 1

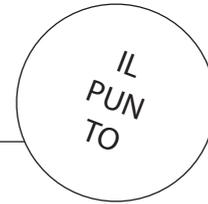
<p>Accreditamento ("accreditation"): riconoscimento formale da parte di un soggetto indipendente, in genere definito come ente di accreditamento ("accreditation body"), che un organismo di certificazione ("certification body") opera secondo definiti standard internazionali. In Italia l'ente di accreditamento nazionale è Accredia, gli organismi di certificazione si definiscono in breve OdC.</p> <p>Certificazione ("certification"): processo attraverso cui un soggetto indipendente rilascia un'assicurazione scritta o certificato per il quale un prodotto, processo, servizio o sistema soddisfa (è conforme a) specifici requisiti. La certificazione si definisce anche come valutazione ("assessment") di conformità di terza parte rispetto a una determinata norma (o standard). La certificazione deve riferirsi propriamente a quella di "terza parte".</p> <p>Mutuo riconoscimento ("mutual recognition"): accordo fra paesi per cui i risultati di una valutazione di conformità - in termini di prove (testing), ispezioni/audit, certificazioni o accreditamento - condotta in un paese è formalmente riconosciuta da un altro paese. Condizione anche nota come "cross acceptance".</p>
--

Bibliografia

- [1] UNI ISO 21502:2021. *Gestione dei progetti, dei programmi e del portfolio - Guida alla gestione dei progetti*. Ente italiano di normazione.
- [2] UNI ISO 21500:2021. *Gestione dei progetti, dei programmi e del portfolio - Contesto e concetti*. Ente italiano di normazione.
- [3] UNI 11648:2022. *Attività professionali non regolamentate - Project Manager - Requisiti di conoscenza, abilità, autonomia e responsabilità*. Ente italiano di normazione.
- [4] UNI 11337. *Edilizia e opere di ingegneria civile - Gestione digitale dei processi informativi delle costruzioni*. Serie di norme Ente italiano di normazione. Ente italiano di normazione.
- [5] Regolamento (CE) 765/2008
- [6] www.accredia.it/servizi-accreditati/certificazioni/
- [7] www.iso.org/management-system-standards-list.html
- [8] UNI/PdR 78/2019. *Sistema di Gestione BIM - Requisiti*. Ente Italiano di Normazione.

La svalutazione del piano economico finanziario

di Niccolò Grassi



1. Il rapporto tra i contratti di concessione ed i PEF

Gli insegnamenti nati sin dalle prime direttive comunitarie in tema di concessioni pubbliche hanno condotto, nel tempo, a far ritenere che il rapporto intercorrente tra il contratto di concessione ed il relativo piano economico finanziario dovesse essere inteso in termini di stretta indispensabilità. In effetti, anche l'assetto portato dal D. Lgs. n. 36/2023 non sembrava, quantomeno sino a qualche tempo fa, aver scalfito la rilevanza di tale rapporto.

Anzi, a ben vedere, l'aver definito, da parte del Legislatore, i contratti di concessione come contratti mediante i quali viene affidata "l'esecuzione di lavori o la fornitura e la gestione di servizi a uno o più operatori economici, ove il

corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto dei contratti o in tale diritto accompagnato da un prezzo" sembrava voler confermare la preesistente impostazione secondo la quale il piano economico finanziario costituiva un elemento indispensabile di ogni rapporto concessorio al fine di poter verificare la sostenibilità economico finanziaria dello stesso.

“ È noto che il Piano economico finanziario abbia, in termini generali, la funzione di garantire l'equilibrio economico e finanziario dell'iniziativa attraverso la corretta allocazione dei rischi connessi all'intervento ”

Del resto, non sembrava potessero esserci letture o interpretazioni differenti.

Le disposizioni introdotte dal D. Lgs. n. 36/2023 in tema di concessioni recepiscono i contenuti degli articoli 31, 36, 37, 38, 39, 40 e 41 della Direttiva 2014/23/UE, riprendendone la formulazione dettagliata nell'ottica di garantire la piena conformità al diritto europeo, in diretta e coerente attuazione del criterio a) previsto al comma 2 dell'art. 1 della Legge delega n. 78/2022 nella parte in cui richiedeva il "perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee, mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse", nonché del criterio aa) che richiedeva la "razionalizzazione, semplificazione, anche mediante la previsione di contratti-tipo e bandi-tipo ed estensione delle forme di partenariato pubblico privato nell'ottica di attuare razionalizzazione e semplificazione", nella parte in cui declina le informazioni che devono essere contenute nel bando di concessione facendo riferimento ai "modelli uniformi predisposti dall'Autorità di regolazione del settore", ossia ANAC e nella parte in cui prevede la razionalizzazione della normativa "anche al fine di rendere tali procedure effettivamente attrattive (...) garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti".

Nonostante tutto quanto appena esposto, la più recente giurisprudenza, sulla scorta di una lettura restrittiva delle disposizioni del D. Lgs. n. 36/2023, sembra aver messo in dubbio tale rapporto di stretta indispensabilità facendolo divenire – lo si ribadisce – secondo un'interpretazione restrittiva e non condivisa, un mero elemento accessorio al rapporto concessorio.

2. Il ruolo del PEF nell'affidamento delle concessioni

Il Piano Economico Finanziario (PEF), in termini generali, rappresenta un elemento centrale nell'ambito dell'affidamento delle concessioni pubbliche, svolgendo un ruolo determinante nel garantire la solidità e la fattibilità economica e finanziaria dei progetti.

La funzione primaria del PEF è quella di assicurare il raggiungimento dell'equilibrio economico e finanziario dell'iniziativa concessa, che si concretizza nella contemporanea presenza di

condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria lungo tutto l'arco temporale della concessione.

Questo equilibrio è essenziale per la realizzazione di opere pubbliche o per la gestione di servizi pubblici, in quanto permette di verificare se il progetto possa generare flussi di cassa sufficienti a coprire i costi operativi, il rimborso dei debiti e il ritorno sugli investimenti per l'operatore economico, garantendo al contempo il servizio pubblico richiesto.

Un aspetto fondamentale che il PEF deve affrontare è la corretta allocazione dei rischi, come previsto dall'art. 177, commi 1 e 2 del Codice dei contratti pubblici.

“ **L'aggiudicazione di una concessione comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi e comprende un rischio dal lato della domanda dal lato dell'offerta o da entrambi** ”

In un contratto di concessione, il rischio operativo, che include sia il rischio legato alla costruzione dell'opera sia quello connesso alla sua gestione o alla gestione del servizio, viene trasferito dal concedente al concessionario.

Questo trasferimento del rischio significa che il concessionario è responsabile di eventuali variazioni nei costi di costruzione, nella domanda del servizio o nei ricavi, e deve essere in grado di gestire questi rischi senza compromettere la sostenibilità economico-finanziaria del progetto.

Il PEF, pertanto, rappresenta lo strumento attraverso il quale si attua la concreta distribuzione del rischio tra le parti coinvolte.

La sua adeguatezza e sostenibilità devono essere attentamente valutate dall'amministrazione concedente, che deve verificare se il concessionario è realmente in grado di sostenere i rischi assegnati

e se l'equilibrio economico-finanziario prospettato è realistico e coerente con le condizioni di mercato e con le discipline tecniche ed economiche applicabili (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 4 febbraio 2022 n. 795).

In alcuni casi, la corretta allocazione dei rischi può essere temperata da un intervento finanziario a carico dell'amministrazione concedente, che può decidere di intervenire per bilanciare situazioni di eccessiva esposizione al rischio da parte del concessionario, assicurando così la stabilità del progetto.

“ Si considera che il concessionario abbia assunto il rischio operativo quando, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione ”

È per tali ragioni che nelle procedure di gara per l'affidamento di una concessione pubblica, il PEF assume un ruolo strategico.

La *lex specialis*, infatti, può anche prevedere specifiche indicazioni riguardo alla durata massima della concessione o alle modalità o contenuti minimi del PEF.

In questo contesto, il PEF non è solo un requisito formale, ma un documento fondamentale che permette all'amministrazione di valutare la capacità del concorrente di mantenere l'equilibrio economico e finanziario lungo tutta la durata della concessione; valutazione che, peraltro, costituisce un'espressione di discrezionalità tecnica della stazione appaltante, non suscettibile di censura da parte del Giudice amministrativo (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 30 gennaio 2023, n. 1042).

La sostenibilità del PEF presentato, quindi, deve essere tale da garantire che l'operatore economico sia in grado di gestire l'attività concessa in modo proficuo, assicurando il raggiungimento degli obiettivi di servizio pubblico.

È sulla scorta di tali ragioni che il Consiglio di Stato, in più occasioni, ha evidenziato l'importanza del PEF come strumento per dimostrare la concreta capacità dell'operatore economico di eseguire correttamente le prestazioni richieste. Nella sentenza del 26 settembre 2013, n. 4760, ad esempio, venne sottolineato che il PEF deve prospettare un equilibrio tra investimenti e gestione che permetta all'amministrazione concedente di valutare non solo l'adeguatezza dell'offerta, ma anche l'effettiva realizzabilità dell'oggetto della concessione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 marzo 2024, n. 2784; in termini anche ANAC, Deliberazione 25 gennaio 2023, n. 34). In sostanza, il PEF è il documento che giustifica la sostenibilità economica dell'offerta, dimostrando che l'impresa è in condizione di trarre utili sufficienti a consentire la gestione proficua dell'attività concessa.

Il PEF assume, quindi, in generale, una valenza che potremmo definire "plurima":

- costituisce un elemento di valutazione dell'offerta, sotto il profilo economico ma anche in sede di verifica di congruità e sostenibilità dell'offerta nel suo complesso;
- è uno strumento di controllo per l'amministrazione concedente, che può utilizzarlo per valutare la fattibilità e la solidità dell'offerta;
- rappresenta una garanzia per l'operatore economico, che può dimostrare la propria capacità di realizzare e gestire l'opera o il servizio pubblico in modo efficiente e redditizio.

In effetti, la capacità di un'impresa di presentare un PEF solido e ben strutturato è spesso indicativa della sua affidabilità e competenza, e può essere determinante per l'assegnazione della concessione.

Risulta quindi pacifico che il PEF è – o almeno è stato – uno strumento essenziale nell'ambito delle concessioni pubbliche, poiché consente di verificare la sostenibilità economica e finanziaria dell'intero progetto, assicurando che l'operatore economico sia in grado di gestire il rischio operativo e garantire la realizzazione degli obiettivi di interesse pubblico.

La sua corretta redazione e valutazione sono fondamentali per il successo della concessione, contribuendo a una gestione trasparente ed efficace dei servizi e delle infrastrutture pubbliche.

Ciò nonostante, come accennato sopra, tale orientamento sembra oggi essere parzialmente mutato, avendo preso avvio una nuova stagione – in realtà non così nuova, come si avrà modo di precisare nel successivo paragrafo – relativa alla qualificazione del PEF come elemento non indispensabile dei rapporti concessori.

3. La recente funzione “ancillare” e meramente eventuale del PEF

Come si è accennato sopra, la “disfatta” della granitica posizione sino ad oggi ricoperta dal PEF deve essere ricondotta ad un inciso previsto all’art. 182, comma 5 del D. Lgs. n. 36/2023 e secondo il quale “i bandi e i relativi allegati, ivi compresi, a seconda dei casi, lo schema di contratto e il piano economico-finanziario”.

È proprio in ragione di quel “a seconda dei casi” che la più recente giurisprudenza ha rivalutato il ruolo del PEF nell’ambito dei rapporti concessori, giungendo a sostenere il suo ruolo meramente “eventuale”.

“ **Secondo tale orientamento, l’art. 182 del D. Lgs. n. 36/2023, stabilisce che l’affidamento delle concessioni deve avvenire tramite pubblicazione di un apposito bando, specificando al comma 5 che il PEF è una componente “meramente eventuale” (cfr. TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 6 agosto 2024, n. 982)** ”

Ciò implica che la presenza di un PEF tra gli allegati del bando è subordinata a una valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante, che può richiedere il PEF solo quando lo ritiene necessario per la specifica concessione oggetto di affidamento (cfr. TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 11 luglio 2024, n. 2132).

Questo principio è cruciale, poiché mira a sostenere che il Legislatore non ha inteso imporre un obbligo generalizzato di predisposizione del PEF

– circostanza che, tuttavia, non è stata valorizzata nell’ambito della relazione illustrativa al Codice –, ma ha lasciato spazio alla flessibilità e ad una valutazione discrezionale da effettuarsi caso per caso, in funzione delle caratteristiche peculiari del progetto.

Sempre secondo il citato orientamento, la natura facoltativa del PEF verrebbe ulteriormente confermata dall’art. 193 dello stesso Codice che, invece, impone espressamente la presentazione di un PEF asseverato solo nell’ambito delle proposte di finanza di progetto.

Questa disposizione rafforza l’idea che il PEF divenga essenziale solo in contesti specifici, dove la complessità e l’entità del progetto richiedono una valutazione più approfondita della sostenibilità economica e finanziaria.

L’analisi sistematica proposta dalle sopra richiamate decisioni permette di comprendere come le diverse norme, apparentemente disgiunte, potrebbero – in realtà – integrarsi perfettamente per delineare un quadro normativo coerente e flessibile.

Il PEF, dunque, non è sempre richiesto, ma diventa uno strumento fondamentale in quei casi in cui l’amministrazione appaltante lo ritenga indispensabile per garantire la corretta esecuzione del contratto di concessione, soprattutto quando si tratta di progetti complessi o di lunga durata.

Del resto, si tratta di un orientamento già conosciuto nella vigenza del D. Lgs. n. 163/2006 che all’articolo 143, comma 7, richiedeva la presentazione di un PEF a corredo dell’offerta per le concessioni di lavori, ma tale obbligo si applica alle concessioni di servizi, come previsto dall’articolo 30, ultimo comma, solo “in quanto compatibile”.

Questa clausola imponeva di valutare concretamente l’effettiva utilità di un piano economico-finanziario rispetto alla gestione ordinaria dei servizi nell’ottica del rispetto del principio di proporzionalità; il PEF era pertanto considerato non necessario quando si tratta di concessioni relative a servizi semplici – quale la gestione di un bar – che richiedono investimenti nemmeno lontanamente comparabili a quelli che caratterizzano la concessione di lavori pubblici (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2015, n. 858). Si potrebbe allora ragionare nell’ottica che il più recente orientamento giurisprudenziale non sembra

voler stravolgere l'impostazione concessoria conosciuta nella vigenza del D. Lgs. n. 50/2016, quanto più potrebbe mirare, anche nell'ottica dei principi del risultato e della semplificazione, a realizzare un ritorno alla preesistente disciplina in forza della quale il PEF – ove richiesto – conserva il suo ruolo centrale pur non costituendo un elemento obbligatorio di ogni concessione.

A conferma di ciò è infatti necessario fornire una lettura sistematica anche delle altre disposizioni codicistiche che potrebbero indurre a ritenere il PEF come elemento obbligatorio del rapporto concessorio. Ad esempio, l'art. 185, comma 5 del D. Lgs. n. 36/2023, pur prevedendo la verifica dell'adeguatezza e sostenibilità del PEF prima dell'assegnazione del punteggio all'offerta economica, potrebbe essere letto nell'ottica che tale analisi dovrà avvenire solo se la presentazione del PEF è stata espressamente richiesta nel bando.

4. Conclusioni

Si può dunque concludere che il più recente orientamento giurisprudenziale non sembra voler stravolgere l'impostazione concessoria conosciuta sotto la vigenza del D. Lgs. n. 50/2016, ma, al contrario, pare indirizzarsi verso un ritorno alla disciplina preesistente, con l'obiettivo di mantenere un equilibrio tra continuità normativa e adattamento alle esigenze pratiche degli uffici. Questo orientamento appare in linea con il principio di risultato che il Legislatore e la giurisprudenza stanno cercando di promuovere, assicurando che le procedure di affidamento siano efficienti e funzionali agli obiettivi concreti delle concessioni.

In questo quadro, il PEF, pur non essendo obbligatorio in ogni concessione, continua a rivestire un ruolo centrale quando la sua presentazione è richiesta. Questo strumento, infatti, rimane fondamentale per garantire una valutazione approfondita della sostenibilità economica e finanziaria del progetto. La sua eventuale richiesta e valutazione, lasciata alla discrezionalità della stazione appaltante, consente di adattare l'obbligo del PEF alle caratteristiche specifiche di ciascun progetto, evitando appesantimenti burocratici inutili per concessioni di minor complessità.

La scelta di non imporre un obbligo generalizzato di presentazione del PEF in tutte le concessioni,

ma di riservarne l'applicazione ai casi in cui effettivamente serve, rappresenta un equilibrio tra la necessità di garantire la corretta esecuzione dei contratti e l'esigenza di non gravare eccessivamente sugli operatori economici con oneri procedurali non strettamente necessari. Questo approccio, riprendendo una logica già presente nella normativa precedente, sembra dunque orientato a rafforzare l'efficacia delle concessioni, focalizzandosi su ciò che è realmente utile e proporzionato rispetto alla complessità e alla portata del singolo progetto.

Alla luce di quanto sopra il PEF, laddove richiesto, potrà continuare a svolgere un ruolo fondamentale, fungendo da garante della sostenibilità economica delle concessioni, ma senza costituire un elemento obbligatorio in tutte le situazioni, rispondendo così alla necessità di un'applicazione flessibile e ponderata della normativa.

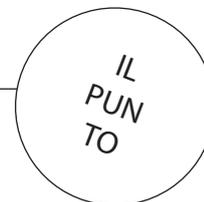
Questo approccio consente di conciliare l'esigenza di controllo e valutazione con quella di snellimento e semplificazione delle procedure, adattandosi alle specificità dei singoli progetti e delle rispettive esigenze amministrative.

Resta inteso che tale valutazione, pur discrezionale, potrà a sua volta esporre le Stazioni Appaltanti a possibili contenziosi ove tale scelta venga effettuata in violazione dei canoni di logicità, razionalità e del divieto di travisamento dei fatti; ragione per cui, tale facoltà normativamente riconosciuta non potrà essere sfruttata, ad avviso dello scrivente, per evitare l'onore della sua predisposizione nei casi in cui sarebbe stato necessario.

Ciò rappresenterebbe, infatti, un evidente travisamento della semplificazione portata dalla normativa in commento oltretutto una palese violazione dei principi generali del D. Lgs. n. 36/2023; circostanza che potrà essere evitata ove, nella decisione di contrarre – ove possibili anche negli atti di programmazione – la scelta di non richiedere un PEF sia adeguatamente motivata e ponderata da parte del RUP.

Blockchain e smart contract per i contratti pubblici

di Andrea Nanni



1. Considerazioni introduttive: cos'è la blockchain e come impiegarla nel settore pubblico

La blockchain può essere definita come un database distribuito composto da blocchi di dati che memorizzano transazioni in un registro (*distributed ledger*) presente non su un solo computer ma su più macchine, collegate tra loro via internet attraverso un'applicazione dedicata che permette di interfacciarsi con la "catena".

Per essere inserito all'interno della blockchain ciascun blocco di dati deve essere sottoposto ad un processo di validazione.

Gli elementi costituenti della catena sono i nodi e i *miner*: i primi sono i computer della rete che hanno scaricato la blockchain nella loro memoria tramite un apposito programma (Es. Bitcoin Core per la blockchain Bitcoin), i secondi sono coloro che effettuano il controllo delle transazioni tramite computer molto potenti e attraverso un protocollo di validazione.

La blockchain appartiene alla grande famiglia delle tecnologie basate su registri distribuiti (*Distributed ledger technologies*) e il protocollo di validazione è l'elemento vitale della catena in quanto gli algoritmi alla sua base validano ogni nuova immissione di dati e impediscono che possano essere manomessi i dati già immessi.

I protocolli più diffusi sono *Proof of work* e *Proof of stake*¹ e da questi dipendono la velocità e la sicurezza della catena.

Le blockchain sono poi soggette ad una distinzione a seconda della presenza di eventuali barriere all'ingresso o alla richiesta di particolari autorizzazioni.

Le tipologie più diffuse sono la *pubblica permissionless* - tutti possono accedere e partecipare al processo di validazione, la *pubblica permissioned* - tutti possono accedere ma il ruolo di *miner* è limitato a utenti *trusted* e la *permissioned o private* - un'organizzazione decide chi può accedere.

1. Sono i meccanismi di validazione su cui si basa il "consenso distribuito" e che permettono di aggiungere blocchi di dati alla blockchain.

Queste ultime si basano su una vera e propria governance.

Possiamo poi avere blockchain che supportano gli *smart contracts*, contratti sotto forma di codice che rimandano l'esecuzione delle clausole ad un software. In questo caso la blockchain può essere utilizzata come meccanismo di validazione che funziona da *trigger* per porre in essere gli effetti previsti al verificarsi di un determinato evento.

Nel settore pubblico l'importanza della blockchain può essere duplice: da un lato come base per la condivisione e il trasferimento di dati da e tra tutte le pubbliche amministrazioni, dall'altro lato come strumento per semplificare l'attività amministrativa e rendere più efficienti i servizi per gli utenti.

La blockchain può essere lo strumento per garantire l'immutabilità, la sicurezza e l'autenticità di dati e documenti, ridurre i contenziosi e migliorare la produttività del settore pubblico (Marco Macchia, 2020).

I progetti esistenti sono stati sviluppati per lo più a livello di Amministrazioni centrali, tramite la notarizzazione, per rendere immutabile l'*hash* di un documento o di un database, tramite l'utilizzo degli *smart contracts* per la gestione di bandi e gare di appalto e per gestire filiere e processi (Giulia Maragno, Giacomo Vella, 2019).

I possibili ambiti applicativi dal punto di vista del settore pubblico vanno dall'audit interno, alle funzioni di certificazione e controllo, all'applicazione alle procedure selettive, alla gestione delle cartelle cliniche, alla tracciabilità agroalimentare, alla certificazione di esami e curriculum accademici, alla gestione del ciclo di vita di apparati, edifici e veicoli.

La blockchain, ad esempio, può essere utilizzata nel campo dell'identità digitale e dell'autenticazione in quanto "permette di certificare l'esistenza,

la data di creazione, l'origine, e il contenuto di qualsiasi documento, contratto, licenza, proprietà o evento esistente in maniera automatica e senza l'intervento di terze parti" (Gianluca Chiap, Jacopo Ranalli, Raffaele Bianchi, 2019, p. 259).

Lo stesso Parlamento europeo, in una risoluzione del 2018, ha affermato che la blockchain "è in continua evoluzione e necessita di un quadro favorevole all'innovazione che consenta e incoraggi la certezza del diritto e rispetti il principio della neutralità tecnologica, promuovendo nel contempo la protezione dei consumatori, degli investitori e dell'ambiente, aumentando il valore sociale della tecnologia, riducendo il divario digitale e migliorando le competenze dei cittadini" ².

A tal fine è stato istituito l'*European Blockchain Service Infrastructure* (EBSI³) con l'obiettivo di sviluppare servizi pubblici basati su blockchain e caratterizzati da alti livelli di sicurezza e privacy.

Uno degli ambiti più interessanti di applicazione della blockchain è inoltre costituito dall'e-procurement. "L'utilità di un simile strumento è evidente sia a valle, e cioè a processo di affidamento espletato nel corso dell'esecuzione del contratto, sia a monte, e cioè in fase di scelta del contraente, almeno in termini di controllo dell'ingresso dei soggetti nella gara, in relazione al possesso dei requisiti degli operatori economici che intendono contrarre con la Pubblica amministrazione" (Pierluigi Piselli, 2019).

Ritroviamo una prima definizione di tecnologie basate su registri distribuiti nel nostro ordinamento grazie alla Legge 11 febbraio 2019, n. 12⁴ di conversione del Decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135 mediante l'inserimento dell'art. 8-ter: "Si definiscono "tecnologie basate su registri distribuiti" le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architettonicamente decentralizzato su basi

2. Risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018, "Tecnologie di registro distribuito e blockchain: creare fiducia attraverso la disintermediazione" (2017/2772/RSP).

3. L'EBSI è stato istituito nel contesto della European Blockchain Partnership che vuole favorire la collaborazione tra Stati membri per lo scambio di pareri ed esperienze su questa tecnologia. In Italia si segnala il gruppo di esperti sulla blockchain istituito in seno al Ministero dello Sviluppo economico.

4. Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, recante disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione.

crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili".

Viene poi specificato che la memorizzazione di un documento informatico attraverso tecnologie basate su registri distribuiti produce gli effetti della validazione temporale ai sensi del Regolamento (UE) n. 910/2014⁵.

2. Le tecnologie basate su registri distribuiti nel nuovo Codice appalti

Le tecnologie basate su registri distribuiti hanno trovato riconoscimento nel nuovo Codice dei contratti pubblici, con particolare riferimento all'automazione delle procedure e alla gestione delle garanzie, sia per la partecipazione alla gara, sia per la fase esecutiva.

L'art. 30, comma 1, del D.lgs. n. 36/2023 (di seguito "Codice") recita:

"Per migliorare l'efficienza le stazioni appaltanti e gli enti concedenti provvedono, ove possibile, ad automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti, nel rispetto delle specifiche disposizioni in materia".

Il comma 3 dell'art. 30 è la positivizzazione delle condizioni indicate dal Consiglio di Stato per l'automazione delle decisioni in campo amministrativo⁶.

"Le decisioni assunte mediante automazione rispettano i principi di:

- a) conoscibilità e comprensibilità, per cui ogni operatore economico ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardano e, in tal caso, a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata;*
- b) non esclusività della decisione algoritmica, per cui comunque esiste nel processo decisionale un contributo umano⁷ capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatizzata;*
- c) non discriminazione algoritmica, per cui il titolare mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di impedire effetti discriminatori nei confronti degli operatori economici".*

Il riferimento alle tecnologie basate su registri distribuiti è presente anche all'art. 106, comma 3: *"La garanzia fideiussoria deve essere emessa e firmata digitalmente; essa deve essere altresì verificabile telematicamente presso l'emittente ovvero gestita mediante ricorso a piattaforme operanti con tecnologie basate su registri distribuiti ai sensi dell'articolo 8-ter, comma 1, del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12, conformi alle caratteristiche stabilite dall'AGID con il provvedimento di cui all'articolo 26, comma 1".*



5. Regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014 in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la direttiva 1999/93/CE.

6. Sentenze Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, 13 dicembre 2019, n. 8472 e 4 febbraio 2020, n. 881 in merito a numerosi ricorsi contro le procedure di assegnazione e di mobilità degli insegnanti stabilite dalla Legge n. 107/2015. Secondo i ricorrenti il Ministero per l'Istruzione, l'Università e la Ricerca avrebbe utilizzato "un algoritmo non conosciuto e che non ha correttamente funzionato", e che avrebbe effettuato decisioni ritenute non giustificabili in base ai criteri fissati nell'ordinanza ministeriale n. 241/2016, volta all'attuazione del piano straordinario assunzionale.

7. È il concetto di Human-in-the-loop presente negli orientamenti etici per una Intelligenza artificiale affidabile dell'Unione Europea pubblicati il giorno 8 aprile 2019.

3. I requisiti dei registri distribuiti secondo le regole tecniche dell'AGID

Il provvedimento dell'AGID citato dall'art. 106, comma 3 è stato adottato con determinazione n. 137 del 1° giugno 2023⁸ e contiene le regole tecniche delle piattaforme dell'ecosistema digitale dei contratti pubblici. Il paragrafo 6 è dedicato alle piattaforme di gestione delle garanzie fideiussorie e il paragrafo 6.2 è rubricato "Requisiti dei registri distribuiti".

Tralasciando gli aspetti più tecnici, l'AGID riprende la definizione di registri distribuiti di cui all'art. 8-ter del DL 135/2018, come modificato dalla legge di conversione (si veda il Capitolo 1) e emerge la richiesta di adottare registri distribuiti di carattere *permissioned* che consentono un maggior controllo e sono più compatibili con la conformazione dell'attività amministrativa nonché con i precetti a livello di privacy sanciti dal Regolamento (UE) n. 679/2016⁹.

La scrittura della garanzia fideiussoria emessa nei registri distribuiti deve essere sotto il controllo di uno dei soggetti¹⁰ cui è consentito rilasciare garanzie fideiussorie ai sensi dell'art. 106, comma 3, del Codice oppure la scrittura deve avvenire per mezzo di uno *smart contract* che deve garantire che tale operazione sia possibile solo ad opera di uno dei soggetti di cui all'art. 106, comma 3, del Codice.

L'AGID prevede poi la piena *compliance* a livello privacy richiedendo che non vengano memorizzati dati personali sui registri distribuiti a meno che non vengano soddisfatte tutte e tre le seguenti condizioni:

- i registri distribuiti devono essere di tipo *permissioned*;
- deve essere possibile garantire agli interessati tutti i diritti ai sensi della normativa vigente;
- in conformità con la normativa vigente tutti i gestori delle piattaforme di fideiussione

che trattano dati personali devono essere nominati responsabili del trattamento e gli interessati devono essere informati di tale trattamento.

4. Gli smart contracts per il digital procurement

In ultimo, non si può non tratteggiare il ruolo che potranno avere gli *smart contracts* per il *digital procurement*.

Il termine "*smart contract*" è stato coniato negli anni '90 da Nick Szabo, un informatico statunitense che riteneva che molti tipi di clausole contrattuali potessero essere incorporati nell'hardware e nel software in modo da rendere la violazione del contratto costosa per il soggetto inadempiente (Michele Manente, 2019).

Il più volte citato art. 8-ter della L. 12/2019, di conversione del D.L. 135/2018, introduce nel nostro ordinamento, oltre alla definizione di tecnologie basate su registri distribuiti, anche la nozione di *smart contract*:

"si definisce smart contract un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti delle stesse. Gli smart contracts soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto".

È utile sottolineare come la stessa norma sopracitata non abbia fatto alcun riferimento alla componente hardware dello *smart contract*, limitandosi a qualificarlo come un software. Ai fini di questa trattazione è fondamentale, a questo punto, operare due chiare distinzioni.

8. "Requisiti tecnici e modalità di certificazione delle Piattaforme di approvvigionamento digitale".

9. Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

10. Ritorna il concetto il concetto di Human-in-the-loop, si veda il Capitolo 2.

La prima è la distinzione tra *smart contract* "puro" e *smart legal contract*. Per *smart contract*, infatti, intendiamo un codice custodito nella blockchain che è in grado di attivarsi automaticamente al verificarsi di una determinata condizione. L'automazione può riguardare qualsiasi cosa, ad esempio un termostato che regola la temperatura secondo le impostazioni contenute nello *smart contract*.

Lo *smart legal contract* si ha quando lo *smart contract* acquisisce una valenza contrattuale, quando cioè il contratto viene espresso attraverso le linee di un codice (è dubbio che in questo caso lo *smart legal contract* possa essere considerato un contratto) oppure, ed è l'ipotesi di riferimento, quando lo *smart contract* viene utilizzato per l'esecuzione di contratti esistenti e quindi per automatizzare un contratto stipulato *offchain* (Giusella Finocchiaro, Chantal Bompreszi, 2020). In quest'ultimo caso l'algoritmo, al verificarsi di un determinato evento inserito nel registro blockchain e definito *trigger point*, pone in essere un determinato atto che può andare dall'esecuzione di una prestazione, alla sospensione della stessa o, ancora, alla liquidazione del rapporto negoziale (Giovanni Gallone, 2020). La seconda distinzione è quella tra *smart contract* e contratto elettronico. Quest'ultimo è infatti una forma di manifestazione della volontà mentre nello *smart contract* è "l'elaboratore a dare attuazione al programma negoziale vincolando automaticamente le parti" (Giovanni Gallone, 2020, p. 147).

È evidente, pertanto, che lo *smart legal contract* debba restare assoggettato allo statuto di diritto comune del contratto (Massimo Giuliano, 2018). Le parti, optando all'atto della stipulazione per la totale o parziale automazione del contratto, si vincolano alle conseguenze e agli effetti derivanti dall'attivazione dell'algoritmo; "l'imputazione di detti effetti ha luogo, quindi, su base volontaria, rimanendo coerente con il modello del negozio giuridico" (Giovanni Gallone, 2020, p. 148).

L'utilizzo dello *smart legal contract* nell'ambito dell'*e-procurement* sembra pertanto possibile e auspicabile, in grado di garantire l'immodificabilità delle operazioni e lo loro totale tracciabilità. Tutte le fasi del procurement pubblico potrebbero così essere censite ed avere una data giuridicamente certa, grazie al *timestamp*. Il registro distribuito nel quale possono essere annotate tutte le

operazioni compiute sarebbe condiviso tra tutti coloro che prendono parte alla rete; non solo quindi l'aggiudicatario ma tutti gli operatori economici che abbiano presentato domanda e/o formulato un'offerta (Giovanni Gallone, 2020). I vantaggi risiedono nell'attivazione di un sistema di vigilanza diffusa e in una mappatura di tutte le fasi contrattuali con relativa raccolta e analisi dei dati ad esse associati.

È inoltre necessario marcare una differenza tra l'automazione provvedimentale e l'automazione contrattuale: "mentre quella contrattuale si fonda su una scelta effettuata dalle parti al momento della stipula del negozio e, quindi, si realizza unico *actu*, quella provvedimentale richiede almeno tre distinti momenti fondativi: quello della predeterminazione delle regole per la creazione dell'algoritmo (a mezzo di un atto amministrativo o di un regolamento), quello dell'impiego dell'algoritmo quale strumento di amministrazione e, in ultimo, quello della trasposizione del risultato dell'operazione computazionale condotta dall'algoritmo in un provvedimento amministrativo avente efficacia esterna" (Giovanni Gallone, 2020, p. 159). Non vi sono, è evidente, problemi riguardo ad interpretazioni del testo diverse da quelle formalizzate dall'algoritmo in quanto sono le stesse parti in causa ad aver definito il contenuto e la portata del vincolo contrattuale. È possibile, pertanto, escludere "ogni possibilità per le parti, in sede giudiziale, di contestare l'an del funzionamento delle clausole auto-esecutive. Ogni iniziativa giudiziale delle parti in tal senso si rivelerebbe contraria al canone della buona fede oggettiva" (Giovanni Gallone, 2020, p. 161).

Nel caso dell'automazione contrattuale le parti concordano sull'utilizzo dell'algoritmo mentre nell'automazione provvedimentale è la parte pubblica che unilateralmente elabora l'algoritmo. Le problematiche dell'applicazione dello *smart contract* all'istituto contrattuale derivano dalla normalizzazione del linguaggio (rispetto al linguaggio in codice) e dalla completezza del regolamento negoziale. Per superare il primo ostacolo è bene limitarsi, almeno al momento, ad automatizzare solo le parti del contratto che possono essere rese in forma binaria; per il secondo ostacolo, stante il carattere incompleto della formalizzazione algoritmica, la soluzione può essere quella di assegnare "ex ante ad una delle parti quello che si definisce il *property right*, con ciò

intendendosi il diritto a porre la regola mancante” (Giovanni Gallone, 2020, p. 165).

È ben chiaro poi che l’automazione contrattuale costituisce una declinazione del diritto all’uso delle tecnologie enunciato all’art. 3 del Codice dell’Amministrazione digitale e può consentire di ridurre il digital divide che si è creato tra il settore pubblico e il mondo privato.

Per quanto concerne le caratteristiche “tecniche” legate all’utilizzo degli *smart contracts*, che secondo quanto previsto dal D.L. n. 135/2018, deve avvenire necessariamente attraverso tecnologie basate su registri distribuiti, dovranno riguardare:

1. Le caratteristiche della tecnologia a registro distribuito utilizzata (al momento la norma non prevede una soglia minima oltre la quale un registro possa dirsi distribuito);
2. Il fatto che lo *smart contract* dovrà operare sul registro distribuito e non solo appoggiarsi ad esso;
3. Il registro distribuito sul quale opererà lo *smart contract* dovrà prevedere anche un meccanismo distribuito di formazione del consenso, senza il quale non potrebbe essere rispettato il principio di inalterabilità e immutabilità delle registrazioni effettuate (Michele Manente, 2019).

5. Conclusioni

La blockchain e, in generale, le tecnologie basate su registri distribuiti, rappresentano un mondo complesso e in continuo divenire ma già adesso possono intravedersi gli effetti dirompenti che il loro impiego potrebbe avere nella società e, in particolare, nel settore pubblico.

Dopo la prima definizione di tecnologie basate su registri distribuiti e di *smart contract* elaborata dal legislatore nel 2019, l’utilizzo pratico di queste tecnologie si è imposto nel mondo della contrattualistica pubblica secondo le previsioni degli artt. 30 e 106 del Codice.

L’AGID ha poi fornito alcune regole tecniche per l’utilizzo della tecnologia, prevedendo l’utilizzo di registri distribuiti di carattere *permissioned*, ribadendo la necessità di un approccio *Human-in-the-loop* e del rispetto della normativa in materia di dati personali.

La blockchain può essere una chiave per ridefinire il tradizionale rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino/utente nell’ottica di un maggiore coinvolgimento della società nell’amministrazione della cosa pubblica e nella definizione e analisi delle politiche pubbliche.

Questa tecnologia può rappresentare una svolta verso la digitalizzazione del settore pubblico, con particolare riferimento al settore degli appalti, e può essere impiegata in maniera complementare rispetto alle tecnologie tradizionali e in combinazione con altre tecnologie “*disruptive*” come il *machine learning* e i *big data*.

Bibliografia

1. Chiap, G., Ranalli, J., Bianchi, R., *Blockchain: Tecnologia e applicazioni per il business*, Hoepli Editore, 2019, pp. 114, 251, 259.
2. Finocchiaro, G; Bomprezzi, C., *A legal analysis of the use of blockchain technology for the formation of smart legal contracts*, Media Laws n. 2, 2020, pp. 111-135.
3. Gallone, G., *Blockchain, procedimenti amministrativi e prevenzione della corruzione*, Il Diritto dell'Economia n. 100, 2019, STEM Mucchi Editore, pp. 187-212.
4. Gallone, G., *La Pubblica amministrazione alla prova dell'automazione contrattuale. Note in tema di smart contracts*, Federalismi n. 20, 2020, Società editoriale federalismi s.r.l., pp. 141-170.
5. Ghezzi, P., *La blockchain per le politiche pubbliche*, Federalismi n. 2, 2021, Società editoriale federalismi s.r.l., pp. 103-105.
6. Giuliano M., *La blockchain e gli smart contracts nell'innovazione del diritto del terzo millennio*, Il Diritto dell'Informazione e dell'informatica n. 6, 2018, Antonio Giuffrè Editore, pp. 989-1039.
7. Lo Sapio, G., *Il tormentato rapporto tra blockchain e pubblica amministrazione nel prisma dei contratti pubblici*, Federalismi n. 23, 2023, pp. 112-131
8. Macchia, M., *Blockchain e pubblica amministrazione*, Federalismi n. 2, 2021, Società editoriale federalismi s.r.l., pp. 117-129.
9. Manente, M., *L. 12/2019 – Smart contract e tecnologie basate su registri distribuiti – Prime note*, Studio 1_2019, Consiglio Nazionale del Notariato.
10. Marchesi, M., *Blockchain pubbliche e permissioned: una questione di fiducia*, Federalismi n. 2, 2021, Società editoriale federalismi s.r.l., pp. 140-151.
11. Verzaro, M., *La blockchain e il fabbisogno di personale nella pubblica amministrazione*, Federalismi n. 2, 2021, Società editoriale federalismi s.r.l., pp. 195-201.

Contratti pubblici ed affidamenti diretti: quali le regole applicative introdotte dal Nuovo Codice?

di Giuseppe Laurieri

IL
PUN
TO

Premessa

Tra le questioni più dibattute a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, di cui al Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (di seguito il "**Codice**"), vi è senz'altro quella riguardante la disciplina degli affidamenti diretti dei contratti pubblici.

Si tratta di una disciplina particolarmente complessa oggetto, nel tempo, di numerose pronunce giurisprudenziali e diverse prese di posizione da parte dell'Autorità nazionale anticorruzione (di seguito "**ANAC**" o "**Autorità**") la quale, da ultimo, attraverso l'approvazione del *Vademecum* pubblicato il 7 agosto 2024, è intervenuta al fine di offrire maggiore chiarezza all'interno dell'articolato "nodo gordiano" di regole che stazioni appaltanti ed operatori di settore sono, quotidianamente, chiamati ad osservare.

La materia, infatti, è stata fortemente incisa dall'intenzione riformatrice del Legislatore, volto a snellire le procedure per l'affidamento di contratti pubblici e, ove possibile, ometterle.

1. Cosa si intende per "affidamento diretto" e quali sono i numeri in Italia?

Anzitutto, preliminarmente, prima di guardare l'evoluzione normativa che ha interessato l'istituto in questione, giova illustrare cosa si debba intendere per "affidamento diretto".

Con il termine "affidamento diretto" si intende l'aggiudicazione di un contratto, in assenza di una vera e propria procedura di gara, bensì sulla base di valutazioni autonome e discrezionali della stazione appaltante chiamata, comunque, ad operare nel rispetto di taluni di principi fondamentali, a garanzia di una condotta corretta e non arbitraria. L'affidamento diretto, dunque, è per definizione caratterizzato dalla "piena libertà di scelta del contraente, sicché è (...) dispensabile ogni forma di confronto concorrenziale"¹.

Si consente una deroga ai principi fondamentali di concorsualità e di pubblicità, in ragione della modesta entità economica dell'affare².

Trattasi di una pratica che, evidentemente, se correttamente svolta e adeguatamente normata,

1. Giurisprudenza Italiana, n. 11, 1 novembre 2009, p. 2546, Nota a sentenza di Reinstadler Armin e Reinalter Andreas. Per conclusioni parzialmente diverse, v. Secco, La compatibilità con il diritto comunitario del modello dell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali, in Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici (www.jus.unitn.it).

2. Sent. Consiglio di Stato, 31 marzo 2009, n. 6720.

agevola notevolmente il soddisfacimento degli interessi propri di una collettività, evitando le lungaggini ed i costi derivanti dall'indizione di una procedura ad evidenza pubblica.

I dati, infatti, da sempre rivelatori della realtà che si cela dietro le regole e le norme, evidenziano un notevole ricorso agli affidamenti diretti, frutto anche delle riforme legislative degli ultimi anni, orientate proprio in questo senso.

Stando ai dati forniti dall'ANAC nell'ultima relazione annuale al Parlamento pubblicata il 22 maggio 2024, da uno sguardo complessivo alle procedure esperite, nel 28,5% dei casi si è fatto ricorso a procedure negoziate senza pubblicazione del bando; nel 17,4% si è proceduto tramite procedure aperte e, addirittura, nel 49,6% tramite affidamento diretto.

L'affidamento diretto, così come emerge, è stata la modalità operativa e procedurale decisamente preferita dalle stazioni appaltanti, registrando un forte incremento rispetto al 2022, pari al 31%.

Iperbole, questa, come si anticipava, senz'altro conseguenza del nuovo quadro normativo che regola la materia, da ultimo ridefinito a seguito dell'approvazione del Codice che, come si vedrà, trae origine proprio dalla necessità di procedere ad una maggiore "semplificazione della disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea"³.

2. La disciplina precedente

Il Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (di seguito "**Vecchio Codice**"), che brevemente sarà di seguito ripreso, ammetteva il ricorso all'affidamento diretto, sebbene entro rigidi e stringenti presupposti.

L'ANAC, con riferimento alla disciplina dell'affidamento diretto dei contratti, sotto la vigenza del Vecchio Codice, ha approvato le linee

guida n. 4 recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici", poi aggiornate al Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56 con Delibera del Consiglio n. 206 del 1 marzo 2018 e aggiornate con Delibera del Consiglio n. 636 del 10 luglio 2019 al Decreto Legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito con Legge 14 giugno n. 55, limitatamente ai punti 1.5, 2.2, 2.3 e 5.2.6 (di seguito "**Linee Guida**").

In particolare, l'art. 32 del Vecchio Codice prevedeva che le stazioni appaltanti potessero procedere all'affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente in due diverse ipotesi:

- (i) affidamenti di importo inferiore a € 40.000, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta;
- (ii) affidamenti di importo pari o superiore a € 40.000 e inferiore a € 150.000 per i lavori, o alle soglie comunitarie, per le forniture e i servizi, previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti.

L'ipotesi *sub (i)*, era stata introdotta a seguito dell'approvazione del Decreto Legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni, dalla Legge 11 settembre 2020, n. 120; che ha inteso incentivare gli investimenti pubblici al fine di fronteggiare le ricadute economiche derivanti dalla pandemia, ampliando, temporaneamente, fino al 30 giugno 2023, ed in via emergenziale, i presupposti per l'affidamento diretto.

L'ANAC ha avuto modo di sottolineare la necessità che le stazioni appaltanti procedessero ad una puntuale verifica circa il valore e la sussistenza o meno di un interesse transfrontaliero dei contratti

3. art. 1, comma 2, lett. e) Legge 21 giugno 2022, n. 78, recante la "Delega al Governo in materia di contratti pubblici".

da affidare, presupposti indefettibili per il ricorso a procedure rapide di affidamento, in base ai criteri dettati dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁴ ⁵.

L'art. 63 del Vecchio Codice riconosceva la possibilità di ricorrere all'uso di una procedura negoziata senza una previa pubblicazione del bando di gara. Nel dettaglio, la norma ammetteva la facoltà delle amministrazioni di aggiudicare appalti pubblici, senza pubblicazione del bando, al ricorrere di specifici presupposti dei quali l'amministrazione precedente avrebbe dovuto dare adeguatamente conto.

Alle amministrazioni aggiudicatrici, pertanto, era riconosciuta la possibilità di individuare gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e selezionare almeno cinque operatori economici.

In particolare, in base al secondo comma dell'art. 63 cit., la procedura appena vista, avrebbe potuto essere utilizzata nel caso di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi alternativamente:

a) quando non fosse stata presentata alcuna offerta, o alcuna offerta appropriata; né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione adeguata, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell'appalto non fossero sostanzialmente modificate e purché fosse stata trasmessa una relazione alla Commissione europea, su sua

richiesta;

- b) quando l'oggetto del contratto non avrebbe potuto essere affidato che unicamente ad un determinato operatore economico⁶;
- c) nella misura strettamente necessaria, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili.

Nel solo caso delle forniture, si consentiva il ricorso a tale peculiare modalità:

1. quando i prodotti oggetto dell'appalto fossero stati fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo, salvo che si trattasse di produzione in quantità volta ad accertare la redditività commerciale del prodotto o ad ammortizzare i costi di ricerca e di sviluppo;
2. nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obblighi l'amministrazione aggiudicatrice ad acquistare forniture con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione avesse comportato incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate;
3. per forniture quotate e acquistate sul mercato delle materie prime;
4. per l'acquisto di forniture o servizi a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che avesse cessato definitivamente l'attività commerciale oppure dagli organi delle procedure concorsuali.

Ancora, esclusivamente in relazione ai servizi, l'affidamento di cui all'art. 63 cit., era ammesso qualora l'appalto avesse fatto seguito ad un

4. ex multis, Corte di giustizia, sent. del 6 ottobre 2016, resa nel caso Tecnoedi Costruzioni (causa C 318/15). A tale proposito, l'Autorità evidenziava l'importanza di una verifica corretta e puntuale, che non si traducesse in una valutazione ipotetica basata su elementi astratti, bensì fosse il risultato di un'analisi concreta delle circostanze dell'appalto in questione quali, a titolo esemplificativo, l'importo dell'appalto, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori o, ancora, le caratteristiche tecniche dell'appalto e le caratteristiche specifiche dei prodotti in causa, tenendo anche conto, eventualmente, della assistenza di denunce (reali e non fittizie) presentate da operatori ubicati in altri Stati membri.

5. Si veda la Comunicazione della Commissione Europea 2006/C 179/02, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici».

6. Per diverse ragioni: o perché lo scopo dell'appalto era quello di creare o acquisire un'opera d'arte o una rappresentazione artistica unica; o perché la concorrenza era assente per motivi tecnici; o per ragioni di tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale.

concorso di progettazione e avesse dovuto, in base alla normativa, essere aggiudicato al vincitore o ad uno dei vincitori del concorso.

Da ultimo, si ammetteva il ricorso a questa procedura "snella" con riferimento ai nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi, già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale dalle medesime amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che tali lavori o servizi fossero conformi al progetto a base di gara e che tale progetto fosse stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo una procedura aperta.

3. Le principali questioni applicative sorte durante la vigenza del Vecchio Codice: il principio di rotazione

La disciplina in commento è stata oggetto di numerose disquisizioni teorico-applicative di evidente impatto.

Il Vecchio Codice, come visto, consentiva di procedere in modo più rapido e snello all'affidamento di contratti, riconoscendo alle amministrazioni precedenti ampia discrezionalità, necessariamente bilanciata dal puntuale rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione.

Rilevante è stato il dibattito sorto soprattutto in relazione all'applicazione pratica del principio di rotazione-----7-----, da ultimo menzionato. Principio applicativo, come si vedrà, notevolmente interessato dall'approvazione del Codice.

Al riguardo, è stato chiarito dalla giurisprudenza, utile anche ai fini dell'interpretazione e concreta applicazione del Codice vigente, che tale principio

costituirebbe un "necessario contrappeso" alla discrezionalità riconosciuta a favore dell'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata⁸.

Esso ha infatti l'obiettivo di evitare "la cristallizzazione di relazioni esclusive tra la stazione appaltante ed il precedente gestore"⁹ e la conseguente formazione di "rendite di posizione", perseguendo "l'effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all'amministrazione di cambiare per ottenere una miglior prestazione"¹⁰.

In questa ottica, non sarebbe stata casuale la scelta del Legislatore di imporre il rispetto del principio della rotazione già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara, dal momento che lo scopo, sarebbe stato, quello di "evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della strutturazione del servizio da espletare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici pur se anch'essi chiamati dalla stazione appaltante a presentare offerta e, così, posti in competizione tra loro"¹¹. Indefettibile presupposto logico del principio di rotazione, sarebbe dunque l'omogeneità del servizio posto a gara rispetto a quello svolto dal soggetto nei cui confronti opera l'inibizione¹².

Si è quindi sostenuto che la normativa contenesse una regola "pro-competitiva", funzionalmente preordinata a garantire l'ingresso di piccole e medie imprese in mercati, per loro natura, ristretti; una regola in grado di comprimere, entro i limiti della proporzionalità, la parità di trattamento che va garantita anche al gestore uscente.

7. Si veda, sul punto, S. Fata, Il regime giuridico dell'affidamento diretto di servizi e forniture ed il principio di rotazione, *Urbanistica e appalti*, n. 5, 1 settembre 2023, p. 541; E. Giardino, Gli affidamenti sotto soglia, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3, 1 maggio 2023, p. 345.

8. Sent. Consiglio di Stato, sez. V, 12 settembre 2019, n. 6160.

9. Sent. T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 20 aprile 2022, n. 1130.

10. Sent. Consiglio di Stato, sez. VI, 4 giugno 2019, n. 3755.

11. Sent. T.A.R. Veneto, sez. III, 19 gennaio 2022, n. 132; cfr. sentt. Consiglio di Stato, sez. V, 12 giugno 2019, n. 3943; 5 marzo 2019, n. 1524; 13 dicembre 2017, n. 5854.

12. Sent. T.A.R. Veneto, sez. III, 19 gennaio 2022, n. 132; cfr. sent. Consiglio di Stato, sez. V, 5 marzo 2019, n. 1524; sentt. Consiglio di Stato, sez. V, 27 aprile 2020, n. 2655; 31 marzo 2020, n. 2182.

A questi, infatti, si imponeva, sostanzialmente, di "saltare" il primo affidamento, in modo da posizionarlo su un piano paritario rispetto agli altri concorrenti alla successiva procedura indetta¹³, così rispettando i principi scalfiti nell'art. 97 della Costituzione, e non ponendosi in contrasto con i principi di libera iniziativa economica di cui all'art. 41 della Costituzione, poiché "l'aumento delle chances di partecipazione dei *competitors* esterni (assicurata dal principio di rotazione) favorisce l'efficienza e l'economicità dell'approvvigionamento dei servizi"¹⁴.

Nel dettaglio, in tal senso, si è espressa anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea che ha richiamato la necessità di un pieno rispetto dei principi del Trattato dell'Unione Europea in relazione a qualunque tipologia contrattuale, tale da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti¹⁵.

Il Consiglio di Stato ha finanche chiarito che sarebbero irrilevanti, e comunque inidonei a compensare la mancata osservanza del principio di rotazione, funzionale, come si è detto, ad assicurare i principi di concorrenzialità e massima partecipazione degli operatori economici alle procedure di affidamento, "gli accorgimenti procedurali predisposti dalla stazione appaltante (...) Infatti, (...) l'avviso non costituisce atto di indizione di una procedura di gara concorsuale, ma un'indagine conoscitiva di mercato non vincolante tesa ad individuare operatori economici da invitare alla successiva procedura negoziata sicché, già nella fase successiva dell'invito, per espressa statuizione (...) si innesta la regola dell'esclusione del gestore uscente: in definitiva, lo strumento della manifestazione di interesse, pur strumentale

a garantire la più ampia partecipazione possibile agli operatori economici da invitare, non rende affatto superflua la rotazione."¹⁶

In ogni caso, l'applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata, affermava l'Autorità, nelle Linee Guida, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, mediante ricorso a: arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce; ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto; alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici; affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento, ad esempio per la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 80, comma 5, lettera m) del Vecchio Codice.

4. Nuova disciplina e chiarimenti offerti dall'ANAC

L'approvazione del Codice, come si diceva, ha rappresentato un vero e proprio spartiacque nella materia della contrattualistica pubblica e, soprattutto, nella disciplina degli affidamenti diretti dei contratti. La riforma che ha condotto al Codice, infatti, ha recepito alcuni degli approdi giurisprudenziali formati in merito e dato seguito alle indicazioni fornite da parte dell'ANAC.

La stessa Autorità, da ultimo, è intervenuta lo scorso 30 luglio 2024, approvando un *Vademecum* informativo per gli affidamenti diretti, pubblicato il 7 agosto¹⁷ (di seguito il "**Vademecum**") nel quale forniscono indicazioni pratiche molto utili al fine di

13. Sent. T.A.R. Veneto, sez. III, 19 gennaio 2022, n. 132.

14. Sent. Consiglio di Stato, sez. V, 6 giugno 2019, n. 3831; Sent. Consiglio di Stato, sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125; cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 20 aprile 2022, n. 1130; T.A.R. Toscana, sez. II, 23 marzo 2017, n. 454 e T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 9 giugno 2016, n. 372.

15. C. Giust. UE, ordinanza 3 dicembre 2001, C-59/00; Id., sentenza 7 dicembre 2000, C-324; in tal senso anche, sent. Consiglio di Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168.

16. Sent. Consiglio di Stato, sez. V, 6 giugno 2019, n. 3831.

17. Consultabile su www.anticorruzione.it, "Vademecum informativo per gli affidamenti diretti di lavori di importo inferiore a 150.000,00 euro, e di forniture e servizi di importo inferiore a 140.000 euro". In merito, si sottolinea l'importanza che il Vademecum assume, soprattutto in relazione al fatto che, con l'approvazione del Codice, l'ANAC ha perso il suo ruolo, da molti definito, "normativo", che si manifestava nell'adozione di linee guida preordinate e regolare spazi lasciati vuoti dal Legislatore nella materia.

chiarire il quadro normativo, così come modificato a seguito dell'entrata in vigore del Codice.

Anzitutto, preliminarmente, il Codice offre una definizione di affidamento diretto, all'allegato I.3, art. 3, lett. d), a tenore del quale, dicasi affidamento diretto, l' "affidamento del contratto senza una procedura di gara, nel quale, anche nel caso di previo interpello di più operatori economici, la scelta è operata discrezionalmente dalla stazione appaltante nel rispetto dei criteri qualitativi e quantitativi di cui all'art. 50 comma 1 lett. a) e b) del Codice e dei requisiti generali o speciali previsti dal medesimo Codice".

Il Codice, poi, innovando rispetto al passato, si apre con il Libro I, Parte I dedicata ai "Principi" che riguardano l'intera materia dei contratti pubblici. Come si legge nella relazione illustrativa al Codice, i principi generali esprimono "valori e criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico", hanno una "memoria del tutto" che le singole e specifiche disposizioni non possono avere, pur essendo ad esso riconducibili. Essi sono, inoltre, caratterizzati da una "prevalenza di contenuto deontologico" in confronto con le singole norme, con la conseguenza che essi, quali criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica rispetto alle singole norme.

In sostanza, attraverso la codificazione dei principi, il Legislatore ha tentato di favorire una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità in un settore, come quello del *public procurement*, in cui spesso la presenza di una disciplina rigida e dettagliata ha creato incertezze, ritardi, inefficienze¹⁸.

Il ricorso ai principi assolve, quindi, ad una funzione di completezza dell'ordinamento giuridico e di garanzia della tutela di interessi che altrimenti non troverebbero adeguata sistemazione nelle singole disposizioni.

Ciò avviene, per quanto qui di interesse, anche con riferimento alle disposizioni relative all'affidamento diretto.

A riguardo, l'art. 48, che apre la Parte I, del Libro II, detta la disciplina comune applicabile ai contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, in attuazione della lettera e) del comma 2 dell'art. 1 della Legge di delega al Codice, 21 giugno 2022, n. 78 (di seguito "**Legge Delega**"), in particolare stabilendo i principi generali cui i relativi affidamenti devono ispirarsi.

La norma stabilisce espressamente che l'affidamento e l'esecuzione dei contratti sotto soglia, si svolgono nel rispetto dei principi detti, di cui al Libro I, Parte I e II, ed in particolare, nel rispetto dei principi di risultato¹⁹, fiducia, accesso al mercato.

Quanto detto, salvo che venga accertata l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, nel qual caso si devono seguire le procedure ordinarie.

La previsione in esame tra origine dalla giurisprudenza comunitaria consolidatasi sul punto, secondo la quale gli appalti di valore inferiore alle soglie comunitarie, pur non soggetti alle norme specifiche delle direttive sugli appalti pubblici, devono essere aggiudicati in modo trasparente e competitivo se presentano un interesse transfrontaliero certo.

18. Relazione Illustrativa al Codice, pg. 11.

19. Rispetto al principio del risultato, si richiama il parere reso dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti al quesito del 3 giugno 2024, n. 2577, secondo cui alla facoltà delle stazioni appaltanti di acquisire lavori, servizi e forniture mediante procedura negoziata anche entro le fasce di importo per le quali è previsto l'affidamento diretto deve essere esercitata in applicazione del principio del risultato di cui all'art. 1 del Codice che impone, tra l'altro, alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di perseguire il risultato dell'affidamento del contratto con la massima tempestività, tenendo altresì conto del divieto di aggravamento del procedimento sancito dall'art. 1, comma 2, della L. 241/1990, richiamata dall'art. 12 del Codice dei contratti. In assenza di termini specifici per l'affidamento diretto. Secondo l'ANAC, parere in funzione consultiva n. 13 del 2024, il principio del risultato costituisce l'attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità (...) è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea.

Giova, per completezza, ricordare, rapidamente, che, secondo i parametri offerti dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea²⁰, l'interesse transfrontaliero certo, si desume:

- a. in ragione del valore stimato del contratto;
- b. in relazione alla propria tecnicità o all'ubicazione dei lavori in un luogo idoneo ad attrarre l'interesse di operatori esteri;
- c. in relazione alle caratteristiche tecniche dell'appalto e del settore di riferimento (struttura del mercato, sue dimensioni e prassi commerciali in esso praticate)
- d. tenuto conto dell'esistenza di denunce presentate da operatori ubicati in altri Stati membri, purché sia accertato che queste ultime sono reali e non fittizie.

La previsione tiene altresì conto di quanto stabilito nella lettera della Commissione europea del 6 aprile 2022, di messa in mora dell'Italia, la quale, al punto 2.3., occupandosi della disciplina introdotta dai Decreti Legge 16 luglio 2020, n. 76 e 31 maggio 2021, n. 77, ha ritenuto la suddetta disciplina violativa dei principi europei di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, laddove non obbliga la stazione appaltante a valutare se l'appalto presenti un interesse transfrontaliero certo.

Si vuole sottolineare un punto di continuità rispetto al Vecchio Codice il quale, all'art. 97, comma 8, poneva già all'attenzione la necessità di inquadrare correttamente la nozione di carattere "transfrontaliero" del contratto, ai fini dell'esclusione automatica dalle procedure.

La disposizione in parola, infatti, prevedeva che per lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione fosse stato quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie

comunitarie, di carattere non transfrontaliero, la stazione appaltante prevedesse nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentassero una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia.

Anche l'ANAC, nelle Linee Guida, come visto, aveva volto l'attenzione sul tema, statuendo che per l'affidamento di appalti e concessioni di interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti adottassero procedure di aggiudicazione adeguate e utilizzassero mezzi di pubblicità atti a garantire in maniera effettiva ed efficace l'apertura del mercato alle imprese estere.

Continuando nella disamina della disciplina oggi vigente, l'art. 49 del Codice, positivizza gli approdi a cui erano giunti parallelamente giurisprudenza ed ANAC, in merito all'analizzato principio di rotazione. Il principio in questione, infatti, costituisce oggi un vero e proprio principio generale degli affidamenti dei contratti sottosoglia, in attuazione dell'art. 1, comma 2, lett. e), della Legge Delega.

La disposizione, sebbene si collochi in posizione di continuità rispetto al passato, innova la portata del principio di cui trattasi, definendone in maniera più chiara e attenta i presupposti applicativi.

Il Codice impone infatti il rispetto del principio di rotazione, come avveniva in passato, già nella fase degli inviti, al precipuo scopo di evitare che il gestore uscente, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori di mercato.

Viene altresì confermato che la rotazione si applica con riferimento all'affidamento immediatamente precedente, nei casi in cui i due consecutivi affidamenti abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico²¹, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero

20. ex multis, Corte di giustizia, sent. del 6 ottobre 2016, resa nel caso Tecnoedi Costruzioni (causa C 318/15).

21. In merito, giova ricordare l'interpretazione offerta dalla giurisprudenza durante la vigenza del Vecchio Codice, secondo cui è inapplicabile il principio di rotazione, solamente nel caso di sostanziale alterità qualitative, ovvero più chiaramente, di diversa natura delle prestazioni oggetto del precedente e dell'attuale affidamento (sent. Consiglio di Stato, sez. V, 27 aprile 2020, n. 2655; cfr. sent. Consiglio di Stato, sez. V, 5 marzo 2019, n. 1524). In dottrina caè chi ha sottolineato come la norma utilizzi evolutamente espressioni piuttosto ampie come vcategoria e/o settore merceologicoc al fine di rendere la rotazione inapplicabile solo in ipotesi residuali in cui non vi sia alcun collegamento tra le attività precedentemente affidate e quelle nuove in U. Realfonzo - R. Berloco, Commentario al Nuovo Codice dei contratti pubblici, I, Palermo, 2023, 313.

ancora nello stesso settore di servizi; e che, ai fini della rotazione, la stazione appaltante, con proprio provvedimento, può ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico e la rotazione si applica con riferimento a ciascuna fascia²².

Innovando rispetto al passato, però, l'art. 49 prevede che il principio di rotazione si applichi solo a carico del soggetto che abbia conseguito la precedente aggiudicazione, con esclusione, dunque, di coloro che siano stati soltanto invitati alla precedente procedura, senza risultare aggiudicatari.

L'ANAC, in un documento trasmesso al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, ed alla Cabina di regia per il Codice dei contratti pubblici recante "Codice Appalti, numerose criticità. Le proposte di Anac per la revisione" del 23 luglio 2024 (di seguito "**Proposte di Modifica**"), ha indicato alcune criticità della disciplina, come emerse ad un anno dall'entrata in vigore del Codice.

Tra le diverse criticità evidenziate all'interno delle Proposte di Modifica, l'ANAC, ha posto l'attenzione sulla formulazione dell'art. 49, precisando come per compensare le inefficienze dovute all'assenza di un confronto concorrenziale, occorrerebbe un rafforzamento del principio di rotazione²³, come attualmente previsto dalla norma.

In particolare, come visto, la norma non dispone, per i contratti di appalto di valore inferiore alle

soglie europee, l'applicazione della rotazione nei confronti degli operatori economici invitati e non affidatari del precedente contratto, laddove, invece, la rotazione degli inviti è espressamente prevista dall'articolo 187 del Codice per le concessioni di importo inferiore alle soglie europee.

L'Autorità, pertanto, ha suggerito ed auspicato ad una modifica del dettato normativo, pensando di estendere il principio di rotazione degli inviti, oltre che degli affidamenti, a tutte le tipologie di contratti sottosoglia.

La norma non ripropone il riferimento ai "tre anni solari" espressamente previsto nelle Linee Guida, e non indica nemmeno alcun diverso arco temporale, dovendo il contraente uscente di fatto "saltare un turno" (due affidamenti consecutivi)²⁴ prima di poter legittimamente conseguire un nuovo affidamento da parte della stessa stazione appaltante.

Ancora, innovativo rispetto al passato, il comma quarto dell'art. 49, il quale prevede una deroga al principio di rotazione, con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto. Trattasi di presupposti concorrenti e non alternativi tra loro, i quali devono essere specificamente rappresentati negli atti di gara e, in relazione ai quali, la stazione appaltante deve dare adeguata, puntuale e rigorosa motivazione²⁵.

22. Relazione Illustrativa al Codice, pg. 73.

23. ANAC, Codice Appalti, numerose criticità. Le proposte di Anac per la revisione, 23 luglio 2024, consultabile tramite <https://www.anticorruzione.it/>

24. Vademecum ANAC, pg. 3.

25. Vademecum ANAC, pg. 4. A riguardo, si ricordi anche il parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, del 29 giugno 2023, n. 2084, il quale ha chiarito che la stazione appaltante può derogare al principio di rotazione dando motivazione su tutti i requisiti di cui all'art. 49, co. 4, D.lgs. 36/2023, in esplicitazione della discrezionalità amministrativa. La disposizione in esame impone una verifica concreta e specifica, come emerge dalla formula di apertura della disposizione. Ancora, la stessa Autorità, nel parere reso in funzione consultiva, n. 58 del 2023, ha chiarito, ribadendo quanto detto, che nel caso di affidamento dello stesso contratto all'impresa uscente, deve essere attentamente valutata dalla stazione appaltante, previa verifica concreta e specifica, l'esistenza dei presupposti legittimanti la deroga al principio di rotazione, fornendo adeguata e puntuale motivazione in relazione a tutte le condizioni indicate dall'art. 49, comma 4, del Codice. A tal riguardo la stazione appaltante è tenuta ad illustrare le ragioni specifiche che hanno condotto a tale scelta e le motivazioni per cui non risultino percorribili alternative differenti, motivando puntualmente in ordine alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché al particolare e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale.

Dando seguito a quanto indicato all'interno delle Linee Guida, l'art. 49 ha innalzato, al comma 6, la soglia dell'importo al di sotto del quale è possibile derogare al principio di rotazione, passando da €1.000, indicato dall'ANAC, a € 5.000²⁶.

Di rilevante impatto è l'art. 50 che, riprendendo nella sostanza, con alcune modifiche lessicali e alcune puntualizzazioni contenutistiche, il testo dell'art. 1, comma 2, del Decreto Legge 16 luglio 2020, n. 76, amplia notevolmente l'ambito di applicazione dell'affidamento diretto, intervenendo direttamente sugli importi dei contratti da affidare.

In particolare, oggi, è consentito l'affidamento diretto:

- di lavori di importo inferiore a € 150.000;
- di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a € 140.000.

Evidente, quindi, l'innalzamento delle soglie economiche entro cui è legittimo l'affidamento diretto. Ciò giustifica anche il forte incremento degli affidamenti diretti, del quale si è dato atto *supra*. All'interno delle Proposte di Modifica, l'Autorità ha sottolineato la necessità di ridurre le soglie per l'affidamento diretto, al fine di "stimolare il confronto competitivo anche nell'ottica del perseguimento del principio del risultato".

Le soglie elevate, secondo l'ANAC, infatti, si sarebbero ben potute giustificare in un momento di particolare urgenza, per accelerare l'avvio degli affidamenti. Ma in un periodo di "normalità", si legge, una soglia elevata ridurrebbe "il confronto concorrenziale tra le imprese" e, pertanto, il grado di trasparenza; rischierebbe di escludere dal mercato le piccole e medie imprese non conosciute dalle stazioni appaltanti, favorirebbe comportamenti elusivi da parte delle stazioni

appaltanti che potrebbero essere indotte a frazionare gli importi a base di gara per evitare il confronto concorrenziale²⁷.

Non solo, secondo l'Autorità, sarebbe opportuno prevedere il divieto di una determinazione artificiosa dell'importo dell'affidamento al fine di eludere il rispetto del principio di rotazione; ed una specifica previsione che obblighi la stazione appaltante a dar conto, nella decisione di contrarre oggetto di pubblicazione, delle ragioni della scelta dell'affidatario e di eventuali comparazioni di prezzi effettuate, tenuto conto anche dell'ausilio che in tal senso è fornito alle amministrazioni dalle piattaforme telematiche di acquisto, che consentono di svolgere comparazioni di prezzi senza alcun aggravio al procedimento²⁸.

La norma, si precisa, acconsente all'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, a condizione che si assicuri il possesso da parte degli operatori scelti, di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante.

Con riferimento all'istituzione di albi o elenchi, l'art. 1, comma 3, dell'allegato I.3 al Codice, prevede che le stazioni appaltanti possano dotarsi di apposito regolamento nel quale disciplinare, modalità di costituzione e di revisione dell'Elenco degli operatori economici, distinti per categoria e fascia di importo; criteri per la scelta dei soggetti da invitare, o a cui richiedere preventivi.

In pratica, concretamente, ove istituiti, per mezzo di elenchi o gli albi, l'operatore economico da una parte, è tenuto ad attestare il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva e ad informare tempestivamente la stazione appaltante delle eventuali variazioni intervenute nel possesso

26. I contratti di tale importo, inoltre, come chiarito dall'ANAC nella FAQ 7, sono comunque soggetti agli obblighi di digitalizzazione. Il termine indicato nella FAQ detta, tuttavia, è stato prorogato con Comunicato del Presidente del 28 giugno 2024, fino al 31 dicembre 2024, in caso di impossibilità o di difficoltà.

27. ANAC, Codice Appalti, numerose criticità. Le proposte di Anac per la revisione, 23 luglio 2024, consultabile tramite <https://www.anticorruzione.it/>, pg. 3.

28. ANAC, Codice Appalti, numerose criticità. Le proposte di Anac per la revisione, 23 luglio 2024, consultabile tramite <https://www.anticorruzione.it/>, pg. 2.

dei requisiti. Dall'altra, la stazione appaltante procede alla valutazione delle istanze di iscrizione nel termine di 30 giorni dalla ricezione, fatta salva la previsione di un maggiore termine, non superiore a 90 giorni, in funzione della numerosità delle istanze; e stabilisce le modalità di revisione dell'elenco, con cadenza prefissata, o al verificarsi di determinati eventi e, comunque, procede alla cancellazione degli operatori che abbiano perduto i requisiti richiesti²⁹.

Come si vedeva, poi, il Codice si riferisce oggi alla necessaria sussistenza di "documentate esperienze idonee all'esecuzione", e non più ad "esperienze analoghe", come si indicava nel Vecchio Codice. Ciò, al fine di "ampliare il margine valutativo della stazione appaltante", posta nella condizione di apprezzare attività precedenti dell'operatore economico in ambiti anche non strettamente analoghi all'oggetto della gara ma tuttavia idonei a garantire la buona riuscita dell'affidamento³⁰.

Il comma 9 dell'art. 50, inoltre, introduce l'obbligo di pubblicazione dell'avviso dei risultati, per gli affidamenti diretti di importo inferiore a € 40.000. Ciò, si legge dalla relazione illustrativa al Codice, al fine di rendere più estesa la trasparenza e conoscibilità dell'operato della stazione appaltante, per bilanciare la maggiore semplificazione³¹.

La norma, quindi, conferma il non necessario ricorso all'effettuazione di preventiva indagini di mercato; la non necessaria acquisizione di una pluralità di preventivi; la centralità della decisione a contrarre; la discrezionalità della stazione appaltante nella individuazione delle modalità con cui devono essere documentare le "esperienze idonee" ossia le precedenti attività espletate dall'operatore economico in ambiti, anche non strettamente analoghi all'oggetto della gara ma tuttavia idonei a garantire la buona riuscita dell'affidamento.

In merito, giova precisare, come anche puntualizzato dall'ANAC³², che si assiste ad una "procedimentalizzazione" del ricorso all'affidamento diretto, senza che ciò lo trasformi in una vera e propria procedura ad evidenza pubblica³³.

L'art. 52 del Codice, prevede, poi, una modalità semplificata per la verifica dei requisiti in riferimento agli affidamenti diretti, al fine di ovviare alle difficoltà correlate ad una verifica sistematica del possesso dei requisiti di partecipazione nelle ipotesi di microaffidamenti³⁴.

Ci si limita a richiedere, infatti, che gli operatori attestino, tramite apposita dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà il possesso dei requisiti di partecipazione e di qualificazione richiesti. Spetterà poi alla stazione appaltante, concretamente, procedere alla verifica circa il possesso dei requisiti, con modalità molto flessibili, anche attraverso il sorteggio a campione, individuato con criteri da predeterminarsi annualmente.

In assenza di uno dei requisiti richiesti, la stazione appaltante procederà 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.

Vengono quindi confermate le conseguenze sanzionatorie derivanti dagli accertamenti con esito negativo, effettuati da parte della stazione appaltante, in merito alla dichiarazione fatta dall'operatore.

Sul punto, l'Autorità ha evidenziato la natura strettamente affittiva delle misure a disposizione della stazione appaltante, in caso di riscontrata carenza dei requisiti. In particolare, con specifico

29. Vademecum ANAC, pg. 2.

30. Relazione Illustrativa al Codice, pg. 74.

31. Relazione Illustrativa al Codice, pg. 76.

32. Vademecum ANAC, pg. 2.

33. cfr. Giornale di diritto amministrativo, n. 4, 1 luglio 2024, p. 441, L. Carbone; sent. Consiglio di Stato, 15 gennaio 2024, n. 503.

34. Relazione Illustrativa al Codice, pg. 79.

riferimento alla sospensione dell'operatore economico dalle procedure indette dalla medesima stazione appaltante, misura di nuova introduzione rispetto al Vecchio Codice, l'ANAC parla di una vera e propria misura sanzionatoria di carattere interdittivo fortemente impattante sulla libera iniziativa economica degli operatori, i quali si vedrebbero così fortemente ostacolati nella prosecuzione dei rapporti negoziali con la medesima stazione appaltante.

È per questa ragione che, l'ANAC, ha sottolineato la crucialità del rispetto dei principi di "stretta legalità", di irretroattività del provvedimento affittivo, di proporzionalità e di contraddittorio, nell'ambito del procedimento da avviarsi a seguito della comunicazione per falsa dichiarazione, preordinato all'adozione del provvedimento sanzionatorio nei confronti dell'operatore economico³⁵.

L'art. 53 esclude l'obbligo di garanzia provvisoria per gli affidamenti diretti, prevedendo, inoltre, un alleggerimento anche in ordine alla cauzione definitiva, statuendo che "in casi debitamente motivati è facoltà della stazione appaltante non richiedere la garanzia definitiva per l'esecuzione dei contratti (...).

Quando richiesta, la garanzia definitiva è pari al 5 per cento dell'importo contrattuale." A tal riguardo l'ANAC con parere del 26 settembre 2024, ha evidenziato che, in considerazione della *ratio* rinvenibile nell'esigenza di semplificazione delle procedure, il richiamato comma 4 dell'art. 53 non stabilisce vincoli né detta preclusioni in ordine ai motivi che possono giustificare la mancata richiesta della garanzia definitiva³⁶.

Dunque, in conclusione, la procedura di affidamento diretto oggi prevede in concreto tre fasi: una fase preliminare, una di selezione "informale", e la terza, di affidamento.

Nella prima fase, preliminare, si assiste alla nomina del RUP, alla predisposizione di una relazione progettuale semplificata da porre a base dell'affidamento diretto.

Nella fase successiva, di selezione "informale", si procede con una eventuale indagine di mercato o chiesta di preventivi e, conseguentemente alla verifica dei requisiti per gli affidamenti con importo superiore a 40.000.

Al termine di tale fase, si può, definitivamente procedere con la determina di affidamento e la pubblicazione della stessa nella sezione "amministrazione trasparente".

Si vedrà se il Legislatore, nel prossimo futuro, deciderà di recepire le sollecitazioni provenienti dall'Autorità, modificando la disciplina di settore, oppure procederà nella sua intenzione di alleggerire i già pesanti carichi delle stazioni appaltanti.

La sfida, oggi, nella materia in commento, rimane sempre la stessa: la necessità di definire nel nostro ordinamento un adeguato bilanciamento tra una normativa in grado di tutelare in modo completo e soddisfacente l'affidamento delle commesse pubbliche contro i possibili rischi di infiltrazioni illecite, e l'importanza di avere delle regole preordinate ad incrementare l'efficientamento delle procedure ad evidenza pubblica, con conseguente riduzione di tempi e costi a carico delle stazioni appaltanti e degli operatori di settore.

Nel frattempo, le commesse aumentano, i tempi si riducono e gli affidamenti diretti diventano sempre più diffusi.

35. Vademecum ANAC, pg. 5.

36. Vademecum ANAC, pg. 6.

Recenti interventi ANAC e del MIT sul codice dei contratti

di Stefano Usai

IL
PUN
TO

Premessa

Con questo contributo si cercherà di analizzare alcuni recenti interventi di tipo pratico/operativo – relativamente al nuovo codice dei contratti – del MIT e dell'ANAC.

1. Il vademecum informativo sull'affidamento diretto dell'ANAC

Nel mese di agosto, l'autorità anticorruzione ha pubblicato il vademecum informativo in tema di affidamento diretto fornendo ai RUP alcune indicazioni pratico operative.

Nell'ambito di questo documento, di sicuro rilievo è l'aver rammentato che anche in caso in cui sia possibile l'affidamento diretto il RUP è sempre e comunque tenuto alla verifica se il contratto del cui affidamento si tratta abbia o meno un interesse transfrontaliero (ai sensi dell'articolo 48 del codice).

L'esistenza dell'interesse transfrontaliero impedisce al RUP di utilizzare le procedure semplificate (disciplinate nell' art. 50 per il sottosoglia comunitario).

Il responsabile unico del progetto, pertanto, anche nel sottosoglia è costretto ad utilizzare le procedure ordinarie, qualora certifi - nella decisione a contrarre - l'esistenza di un interesse transfrontaliero.

Il problema pratico, che l'ANAC affronta, è quello di spiegare in che modo e/o con quali modalità si rende conoscibile, ad esempio, l'inesistenza (o l'esistenza) dell'interesse transfrontaliero.

L'ANAC ricorda che si può accertare l'esistenza o meno di un interesse transfrontaliero in relazione ad alcuni specifici aspetti:

- in ragione al valore stimato del contratto da affidare;
- in relazione alla tecnicità o all'ubicazione dei lavori in un luogo idoneo ad attrarre l'interesse di operatori esteri;
- in relazione alle caratteristiche tecniche dell'appalto e del settore di riferimento (quindi, ad esempio, la struttura del mercato, le sue dimensioni e la prassi commerciali in esso praticate). Il RUP dovrà anche verificare dell'esistenza (o meno) di denunce presentate da operatori ubicati in altri Stati membri, purché sia accertato che queste ultime sono reali e non fittizie" (Corte di Giustizia, 6 ottobre 2016, n. 318). Soprattutto se la stazione appaltante sia già stata interessata sulla questione in relazione ad altri appalti.

Altra questione di rilievo è l'analisi della casistica dei c.d. micro affidamenti (appalti di importo inferiore ai 5 mila euro).

Nel documento si elencano una serie di semplificazioni. La prima di queste sarebbe relativa alla possibilità del RUP di non utilizzare il MEPA ed i sistemi telematici regionali per importi inferiori ai 5 mila euro. Nel documento si richiama il disposto contenuto nel comma 450, art. 1, della legge 296/2006.

L'affermazione, in realtà, sembra parzialmente corretta solo se riferita alle "amministrazioni statali centrali e periferiche" come si legge nel primo periodo del comma in argomento.

Il secondo periodo del comma, in realtà, consente alle "amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165" (e quindi, ad esempio, agli enti locali) "nonché le autorità indipendenti" di utilizzare **anche i mercati elettronici propri** (e quindi non solo il MEPA o il mercato del soggetto aggregatore).

Questo emerge chiaramente dal periodo della legge finanziaria citata in cui si legge che le amministrazioni ivi richiamata, per importi pari o superiori ai 5 mila euro "sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero ad altri mercati elettronici (...) ovvero al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle relative procedure".

Pertanto, la pregressa disposizione consentiva di non utilizzare il mercato elettronico in caso di importi inferiori ai 5 mila euro ma oggi la questione è diversa visto che attraverso propri mercati elettronici l'ente potrebbe non utilizzare il MEPA (né il soggetto aggregatore) a condizione che utilizzi piattaforme.

La previsione della legge finanziaria, quindi, non può che ritenersi superata per effetto della digitalizzazione del ciclo di vita dell'appalto che impone l'obbligo di formalizzare gli acquisti, a prescindere dall'importo (FAQ ANAC A7 e D4), attraverso le piattaforme di approvvigionamento (che per gli acquisti di importo inferiore ai 5 mila euro possono essere anche non certificate almeno fino al 31 dicembre 2024).

Ed in questo senso, l'altro ulteriore intervento dell'ANAC ed in particolare, come appena evidenziato, la ribadita possibilità di utilizzare la piattaforma PCP dell'autorità anticorruzione per acquisire il CIG per i micro appalti di importo inferiore ai 5 mila euro.

È bene rammentare che l'applicativo è stato introdotto (e si rinvia al comunicato dello stesso Presidente ANAC del 10 gennaio 2024) per consentire ai RUP l'acquisizione del CIG, nel caso di acquisti infra 5 mila euro in caso di difficoltà di acquisizione direttamente con le piattaforme di approvvigionamento (per il

tramite dei collegamenti che le piattaforme devono avere con le schede dell'ANAC).

Già con il comunicato ultimo citato, il Presidente dell'autorità presa in considerazione la difficoltà dell'avvio della digitalizzazione del ciclo di vita degli appalti ha ammesso la possibilità di utilizzare – inizialmente fino al 30 settembre 2024 – la piattaforma PCP acquisire il CIG e quindi perfezionare l'affidamento attraverso la piattaforma di approvvigionamento anche non certificata.

Tale prerogativa, con il recente comunicato è stata estesa fino al 31 dicembre 2024.

È bene rammentare che questa dinamica è utilizzabile se le piattaforme non funzionano e non legittimano affatto – come si è annotato – all'acquisto della prestazione infra 5mila euro al di fuori della piattaforma/mercato elettronico.

È noto che sia l'ANAC sia il MIT hanno chiarito che la deroga all'obbligo di utilizzare il mercato elettronico (previsto nell'articolo 41 comma 450 della legge 296/2006) per i micro acquisti non è più utilizzabile dal 1° gennaio 2024.

La digitalizzazione, quindi, si applica ad ogni affidamento.

Ciò è quanto, del resto, viene ribadito dal MIT con il recente parere n. 2524/2024. Alla consueta domanda circa la possibilità di utilizzare la deroga prevista dalla legge sopra citata anche nel sistema della digitalizzazione l'ufficio di supporto è molto chiaro (come ha fatto, del resto anche l'ANAC).

In particolare, il Ministero puntualizza come con l'art. 25 del codice si è previsto che dal primo gennaio 2024, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti sono obbligate/i ad utilizzare le piattaforme di approvvigionamento digitale per svolgere tutte le procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, piattaforme certificate secondo le regole tecniche di cui all'articolo 26 del d.lgs. 36/2023.

Questo anche nel caso di micro affidamenti di importo inferiore ai 5 mila euro, come del resto – si legge ancora nel parere – risulta ampiamente chiarito nel comunicato ANAC del 10 gennaio sopra richiamato.

2. Il procedimento dell'affidamento diretto

Nella sintesi finale, l'ANAC indica/individua le fasi entro cui si svolge il procedimento amministrativo. Più nel dettaglio, **vengono individuate tre fasi, preliminare, della "selezione informale" e quella dell'affidamento.**

Alla prima sono riconducibili, la nomina del RUP e la "predisposizione di una relazione progettuale semplificata da porre a base dell'affidamento diretto".

Nella seconda fase il documento innesta la "selezione informale". In realtà – come emerge dall'allegato I.1 (nel vademecum per mero refuso si cita l'allegato I.3) nell'affidamento diretto non esiste una selezione ma una mera attività istruttoria, condotta dal RUP o da un suo collaboratore, che non è una selezione vera e propria, questo anche nel caso in cui si proceda con indagine di mercato o richiesta di preventivi (con l'interpello).

In entrambi i casi, infatti, il dialogo negoziale del RUP avviene con soggetti individuati singolarmente (non in modo simmetrico ed in competizione l'uno con l'altro).

E questo viene affermato più avanti nello stesso documento in cui si legge che *"La fase di selezione informale nella quale il RUP della stazione appaltante può procedere eventualmente ad indagini di mercato o all'acquisizione di più preventivi o anche di un solo preventivo che vengono valutati discrezionalmente dalla stazione appaltante" e questa fase – sostanziosamente come detto in un momento istruttorio/negoziale "può avvenire con o senza l'impiego di una piattaforma certificata"*

A conclusione del procedimento - c.d. terza fase -, dopo la verifica dei requisiti (per appalti di importo superiore ai 40mila euro stante la deroga prevista nell'articolo 52, si colloca la decisione di affidamento e la contestuale pubblicazione.

Come già detto, l'attuale "digitalizzazione" in realtà non esclude – anzi rende necessario – l'atto di avvio del procedimento di affidamento diretto (per l'esigenza di richiamarla – inserire l'URL di pubblicazione nella sezione trasparenza -, per acquisire il CIG, durante la procedura di affidamento nella piattaforma di approvvigionamento).

Sulla verifica dei requisiti, viene annunciata la novità della (prossima) disponibilità della SIM (scheda di indagine di Mercato) che consentirà *“di gestire digitalmente la fase preventiva all'affidamento ed in particolare di effettuare i controlli dei requisiti”* per gli *“affidamenti diretti di lavori servizi e forniture tramite accesso al FVOE”*. Tra l'altro l'ANAC rammenta che successivamente alla trasmissione delle informazioni relative all'affidamento, i RUP sono tenuti *“all'invio della scheda di stipula del relativo contratto ossia la scheda SC1 nonché delle successive schede relative all'esecuzione e alla regolare esecuzione o collaudo. Per quanto riguarda la scheda AD5 (affidamenti fino a 5000 euro) è sufficiente trasmettere la rispettiva scheda di conclusione CO2”*.

3. Il ruolo del responsabile di fase nella giurisprudenza e nella prassi (del MIT)

In tempi recenti la giurisprudenza ed il MIT si sono occupati di un aspetto specifico circa la competenza del responsabile di fase ovvero se questo possa o meno adottare il provvedimento di esclusione.

Secondo la sentenza del Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, n. 177/2024, da condividere, si afferma che il responsabile della fase di affidamento non può adottare il provvedimento di esclusione.

Posizione opposta a quella appena sintetizzata risulta espressa con la sentenza n. 26/2024 del Tar Valle d'Aosta.

In particolare – a dimostrazione che la tesi, pur autorevole, non pare persuasiva, il modello organizzativo previsto nel comma 4 dell'articolo 15 che consente l'individuazione di responsabili di fase ammetterebbe anche la possibilità, sempre per la stazione appaltante/ente concedente di modificare le prerogative del RUP, e quindi dello stesso responsabile di fase.

Questa possibilità potrebbe indurre, addirittura, ad assegnare a quest'ultimo la prerogativa di adottare il provvedimento di esclusione.

L'affermazione contenuta in sentenza non appare totalmente condivisibile e deve essere respinta.

Come deve essere respinto il parere del MIT che si esprime nello stesso senso (parere n. 2666/2024)

Il responsabile di fase, non a caso, già dal codice viene definito come un mero responsabile di procedimento; pertanto, i compiti non potevano e non sono definiti dal codice (al netto della possibilità di acquisire il CIG) ma direttamente dalla legge 241/90. Pertanto, il responsabile di fase non ha poteri a valenza esterna ed anzi nel caso del provvedimento di esclusione l'allegato I.2 attribuisce tale prerogativa direttamente al RUP (art. 7, comma 1 lett. d)).

4. Il quinto d'obbligo nel nuovo codice dei contratti (art. 120)

L'ufficio legale di supporto del MIT con alcuni pareri ha affrontato le implicazioni pratiche di una delle novità di maggior rilievo in tema di modificazioni del contratto ovvero la questione del calcolo del c.d. quinto d'obbligo.

L'articolo 120 (che sostituisce con novità l'articolo 106 del pregresso codice) prevede la variazione/modifica entro il quinto del valore del contratto come opzione che deve essere prevista nella legge di gara e calcolata (sommata) nell'importo dell'appalto.

L'ufficio di supporto risponde ad alcuni dubbi pratici. La prima questione viene risolta con il parere n. 2713/2024.

Nel quesito si chiedono dei chiarimenti sulle dinamiche di calcolo del quinto.

L'ufficio di supporto spiega che il legislatore ha *“ritenuto che nel valore stimato dell'appalto va compreso anche il c.d. 'quinto d'obbligo'”*.

Le ragioni di tale decisione – così legge nel parere – sono state ben esplicitate nella Relazione illustrativa del Bando-tipo dell'ANAC, secondo cui *“rispetto alle precedenti versioni del bando tipo e alle indicazioni fornite sul punto dall'Autorità con il Comunicato del Presidente del 23/3/2021, è stata adottata una diversa interpretazione dell'articolo 120, comma 11, del codice, sulla base delle considerazioni offerte nella Relazione illustrativa. In tale documento, infatti, è stata evidenziata la necessità di prevedere il c.d. quinto d'obbligo sin nei documenti di gara iniziali, per rendere la previsione compatibile con le fattispecie di modifica consentite dalla direttiva, con ciò qualificando la*

fattispecie come ipotesi di modifica. Sulla base di tale indicazione, la fattispecie è stata considerata come esemplificazione delle ipotesi di cui al comma 1, lettera a) dell'articolo 120 ed inserita nel calcolo del valore complessivo dell'appalto".

Di conseguenza, il quinto d'obbligo deve essere necessariamente ricompreso nel valore stimato dell'appalto ex art. 14, co. 4, d.lgs. 36/2023 a pena di impossibilità di utilizzo dell'opzione.

Nel parere successivo (n. 2455/2024) il MIT chiarisce che le espressioni utilizzate nel codice - del comma 9 dell'articolo 120 in cui si parla di modifica entro il valore del quinto - abilitano il RUP a muoversi nell'ambito di questo valore con la conseguenza che la modifica potrebbe essere anche di valore inferiore rispetto al quinto (ovviamente determinata dalle esigenze specifiche).

In conclusione, del parere l'ufficio di supporto segnala che *"la questione del sesto quinto che nel nuovo codice rappresenta una autonoma fattispecie di modifica contrattuale" che non ha una specifica disciplina. In ogni caso, sottolinea in conclusione il parere "la facoltà di indicare valori inferiori (nda rispetto al quinto d'obbligo) sembra coerente con la previsione di cui all'art. 120 comma 9 del d. lgs. 36/2023" pertanto (circa l'utilizzabilità) "la risposta è affermativa. Occorre comunque considerare che la stazione appaltante si vincola ad un utilizzo per un importo minore di quello previsto".*

Pareri & Sentenze

PARERI
E SEN-
TENZE

Consiglio di Stato, Sez. V, 13/08/2024, n. 7114

L'impostazione accelerata della sequenza procedimentale della verifica di anomalia dell'offerta si iscrive in un contesto di rispetto del principio del risultato

“L'art. 110 del d. lgs. n. 36 del 2023 disciplina la sequenza del subprocedimento di verifica dell'anomalia prevedendo che, in presenza di un'offerta che appaia anormalmente bassa, le stazioni appaltanti richiedono per iscritto all'operatore economico le spiegazioni che ritiene necessarie, assegnando a tal fine un termine non superiore a quindici giorni (comma 3). Ricevute le spiegazioni “la stazione appaltante esclude l'offerta se le spiegazioni fornite non giustificano adeguatamente il livello di prezzi o di costi proposti” (comma 5).

La tempistica procedimentale stabilita dal legislatore prevede che il contraddittorio sia articolato in una sola richiesta istruttoria, con assegnazione di un termine non superiore a quindici giorni per l'inoltro delle giustificazioni. La procedura è così delineata dallo stesso legislatore e si basa su un termine acceleratorio, “non superiore” a quindici giorni, che evidenzia la necessità del superamento della prima parvenza di anomalia nel minor tempo possibile.

Detto termine, infatti, “deve comunque essere congruo e ragionevole in relazione alla complessità delle spiegazioni richieste e delle altre esigenze che potranno venire in rilievo nel caso specifico” ma “fermo il rispetto del termine massimo previsto dalla legge” (così la relazione al codice approvato con d. lgs. n. 36 del 2023).

E' quindi “necessario seguire il procedimento descritto all'art. 110 e, in particolare, la regola in base alla quale l'esclusione dell'operatore economico potrà avvenire solo ed esclusivamente nel rispetto del contraddittorio procedimentale ivi previsto, in conformità con le previsioni di diritto europeo” (così la relazione al codice approvato con d. lgs. n. 36 del 2023), senza poter procedere ad alcuna esclusione automatica degli operatori economici (Cgue, sez. IV, 15 maggio 2008, C-147/06).”

Consiglio di Stato, Sez. V, 13/8/2024, n. 7113

Sul principio di tassatività delle cause di esclusione

“Con l’art. 10 del d. lgs. n. 36 del 2023 si dispone che:

– “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” (comma 1);

“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” (comma 2);

– “Fermi i necessari requisiti di abilitazione all’esercizio dell’attività professionale, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all’oggetto del contratto, tenendo presente l’interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l’esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l’accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese” (comma 3).

La disposizione non stabilisce che i partecipanti alla gara possono essere esclusi solo in ragione delle cause escludenti di cui agli artt. 94 e 95 del d. lgs. n. 36 del 2023, riguardanti le cause di esclusione automatica e non automatica per mancanza dei requisiti generali, nel senso che queste esauriscono il novero delle possibili cause di esclusione.

Osta a una tale interpretazione lo stesso decreto, laddove stabilisce altre cause di esclusione in articoli diversi dai richiamati artt. 94 e 95 (ad esempio per mancanza dei requisiti di ordine speciale di cui all’art. 100), che sono richiamati per relationem nel comma 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”).”

Consiglio di Stato, Sez. V, 05/08/2024, n. 6967

La spendita dei pregressi servizi svolti in forma raggruppata può avvenire solo pro-quota

“La questione della spendita dei pregressi servizi svolti in forma raggruppata è stata affrontata e risolta univocamente dalla giurisprudenza, sin da tempi non recenti, nel senso indicato dall’Azienda appellante. La giurisprudenza è consolidata nel ritenere che la spendita dei pregressi servizi svolti in forma raggruppata possa avvenire solo pro-quota, riferendo cioè la stessa soltanto alla quota dei servizi effettivamente eseguita da parte di ciascuna delle imprese raggruppate, non potendo ciascuna impresa rivendicare il servizio eseguito da una delle altre, quindi spendere lo stesso per intero (cfr., tra le altre, già Cons. Stato, IV, 22 novembre 2016, n. 4889).

Invero, dal momento che l’importo minimo dei servizi analoghi imposto dalla legge di gara è criterio di quantificazione del requisito d’esperienza richiesto, il concorrente, per raggiungere detto ammontare – e quindi dare la prova del conseguimento del livello minimo di qualità nell’esecuzione dei servizi da appaltare – non può utilizzare le prestazioni eseguite da altri (cfr., in tale senso già Cons. Stato, V, 5 dicembre 2012, secondo cui è insostenibile l’assunto “per cui la capacità tecnica espressa sarebbe sempre invariabilmente commisurata al valore dell’intero appalto pregresso, indipendentemente dalle quote vigenti tra le componenti dell’A.T.I. appaltatrice. L’interpretazione così proposta consentire inammissibilmente a ciascun componente di un’A.T.I. di avvalersi di esperienze di cui solo in parte, in realtà, disporrebbe, per avere concorso nel relativo contratto solo, appunto, in parte”).”

TAR Umbria, Sez. I, 29/7/2024, n. 581*Mancata indicazione del diverso CCNL e soccorso istruttorio*

“Risulta condivisibile la lettura di dette disposizioni proposta dalla difesa resistente; in particolare il comma 3 dell’art. 11 citato introduce per l’operatore economico la facoltà di indicare nella propria offerta un CCNL differente da quello proposto dalla Stazione appaltante, ma a questa facoltà fa da contraltare l’obbligo di indicazione del CCNL da applicare ai dipendenti occupati nell’appalto, anche laddove si aderisca alla proposta dell’Amministrazione. Tale adempimento si configura come distinto e logicamente antecedente rispetto a quello di cui al comma 4, finalizzato all’eventuale verifica dell’equivalenza delle tutele previste di cui all’ultimo periodo. Nel caso che occupa, come visto, OMISSS non ha né aderito all’indicazione del contratto collettivo effettuata da VUS né ne ha indicato uno differente.

Va evidenziato che nel caso in esame tale indicazione assume particolare rilievo alla luce dell’incidenza del costo della manodopera – circa il 33%, per oltre 11 milioni di euro – sull’importo particolarmente rilevante posto a base d’asta. Dette grandezze comportano che la scelta del CCNL applicato possa incidere significativamente sui costi della manodopera con riflessi sulla verifica dell’anomalia dell’offerta; nel caso in esame la Stazione appaltante non avrebbe avuto a disposizione gli elementi per una verifica dell’anomalia, se non consentendo al concorrente di integrare ex post tale elemento, aprendo all’inammissibile possibilità di una variazione (o integrazione) sostanziale degli elementi dell’offerta economica.

Non può convenirsi con le argomentazioni di parte ricorrente laddove contesta la lex specialis per aver previsto la scelta del CCNL come componente dell’offerta economica anziché l’inserimento della stessa nella documentazione amministrativa, con gli ovvi riflessi in termini di soccorribilità. In primo luogo, è la stessa lettera dell’art. 11 d.lgs. n. 36 del 2023 a fare riferimento all’“offerta” come sede di tale scelta, lasciando evidentemente libera la lex specialis di ulteriori specificazioni. Proprio la rilevanza dell’incidenza del costo della manodopera nell’ambito dell’appalto per cui è causa rende del tutto ragionevole la scelta operata nel caso in esame di ritenere elemento essenziale dell’offerta economica l’indicazione del CCNL applicato. Anche il bando tipo ANAC 1/2023, invocato dalla parte ricorrente, inserisce comunque tale dichiarazione nell’ambito dell’offerta, anche se nella parte tecnica piuttosto che economica (cfr. pag. 35 doc. 17 di parte ricorrente), con analoghe conseguenze in termini di preclusione del soccorso istruttorio ex art. 101, comma 1, d.lgs. n. 36 del 2023.”

TAR Lazio Roma, Sez. I bis, 26/7/2024, n. 15303*Grave illecito professionale e onere motivazionale in capo alla stazione appaltante*

“Il riscontro della sussistenza di un illecito professionale grave, ai sensi dell’articolo 98 del Codice dei contratti pubblici, richiede un apprezzamento, riservato alla Stazione appaltante, in merito a una serie di elementi indicati dalla predetta disposizione. Tale valutazione, benché riferita agli aspetti tipizzati dal legislatore, è da ritenere tuttora espressione di discrezionalità tecnica dell’Amministrazione, come affermato con riguardo alle procedure governate dal decreto legislativo n. 50 del 2016 (cfr., per tutte, Cons. Stato, Sez. V, 14 marzo 2024, n. 2491) ... la giurisprudenza suole affermare che “(...) la stazione appaltante, che non ritenga la pregressa vicenda professionale dichiarata dal concorrente incisiva della sua moralità professionale, non è tenuta a esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione risultare anche implicita o per facta concludentia, ossia con l’ammissione alla gara dell’impresa, mentre è il provvedimento di esclusione, fondato sulla valutazione di gravità tale da elidere l’affidabilità del concorrente, che richiede l’assolvimento di un particolare onere motivazionale; in sintesi, la stazione appaltante deve motivare puntualmente le esclusioni, e non anche le ammissioni, se su di esse

non vi è, in gara, contestazione (Cons. Stato, V, 5 maggio 2020, n. 2850; VI, 18 luglio 2016, n. 3198; C.G.A.R.S., 23 gennaio 2015, n. 53; Cons. Stato, VI, 21 maggio 2014, n. 2622; III, 24 dicembre 2013, n. 6236; V, 30 giugno 2011, n. 3924; III, 11 marzo 2011, n. 1583; VI, 24 giugno 2010, n. 4019)" (così, ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 9 maggio 2023, n. 4642). Deve, tuttavia, osservarsi che, anche alla stregua del predetto indirizzo, la mancanza di un onere di motivazione analitica non equivale all'esclusione di qualunque onere motivatorio e che, inoltre, una specifica motivazione è comunque richiesta in presenza di contestazioni in gara."

TAR Molise, Sez. I, 25/7/2024, n. 246

Avvalimento di garanzia e avvalimento operativo: Differenze

In tema di avvalimento, l'art. 104 del d.lgs. 36/2023, "al comma 1 stabilisce pur sempre che "Il contratto di avvalimento è concluso in forma scritta a pena di nullità con indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico". ...

La nuova disposizione, dunque, rispetto alla precedente, oltre a imporre la forma scritta del contratto di avvalimento a pena di nullità, nel contempo ha comunque mantenuto il richiamo all'obbligo di "specifica" indicazione delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico. ... nel caso in cui l'avvalimento occorra a supportare un requisito di capacità economico-finanziaria, come per il richiamato requisito 6.2 del disciplinare in esame, si integra la fattispecie del cd. avvalimento "di garanzia", il quale svolge la mera funzione di "rassicurare la stazione appaltante sulla capacità della parte di far fronte alle obbligazioni derivanti dal contratto" (Consiglio di Stato, sez. III, n. 68/2021). ...

Diversamente, si determina un avvalimento professionale cd. "tecnico-operativo" allorché, come nel caso previsto dal requisito 6.3 qui in discussione, l'ausiliario, in forza del contratto sia chiamato a mettere in campo "le risorse materiali in concreto necessarie per eseguire il contratto, per es. le dotazioni di personale ovvero di macchinari" (ibidem). ...

Con riferimento a questa ipotesi, infatti, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha più volte affermato che, "Qualora la lex specialis di gara intenda il fatturato specifico quale espressione della capacità tecnica e non già di solidità economico-finanziaria, e per la dimostrazione di tale requisito si faccia ricorso all'avvalimento, si è in presenza di un avvalimento non di garanzia, ma operativo, il che comporta la necessità da parte dell'ausiliaria di una concreta ed adeguata messa a disposizione di risorse determinate, affinché il suo impegno possa dirsi effettivo" (Consiglio di Stato, sez. III, n. 7293/2023). ...

E lo stesso indirizzo è stato espresso, mutatis mutandis, da altre pronunce, secondo le quali "Nel caso di avvalimento c.d. tecnico-operativo i contraenti sono tenuti ad indicare con precisione i mezzi aziendali e il personale che l'impresa ausiliaria fornisce all'ausiliata per eseguire l'appalto; diversamente, nell'ipotesi di avvalimento c.d. di garanzia l'ausiliaria si limita a mettere a disposizione il suo valore aggiunto in termini di capacità economico-finanziaria, onde è sufficiente l'impegno contrattuale a «prestare» all'ausiliata la sua solidità economica, garantendo una maggiore affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità" (tra le tante, TAR Liguria, sez. I, n. 170/2023)."

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 296 del 17 giugno 2024
UPREC - PRE 0137 -2024-S**

"Nelle procedure per l'affidamento di servizi, il concorrente non può modificare l'elenco dei servizi analoghi indicati tramite la procedura del soccorso istruttorio di cui all'art. 101 co.1 lett. b) laddove emerga in modo inequivocabile, per la stazione appaltante, che l'esperienza maturata dall'impresa afferisce a settore diverso da quello oggetto dell'appalto nel periodo preso a riferimento dal bando di gara. La valutazione dell'analogia tra i servizi a dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica e quelli oggetto dell'affidamento attiene alla discrezionalità della stazione appaltante ed è censurabile soltanto in caso di manifesta illogicità o irrazionalità, incongruenza o palese travisamento dei fatti."

"l'istituto del soccorso istruttorio, per come disciplinato dal menzionato art. 101, non prevede alcuno sbarramento temporale alla sua attivazione, con la conseguenza che, laddove l'omissione, la carenza o l'incompletezza venisse rilevata dalla Stazione appaltante per la prima volta dopo l'aggiudicazione della gara, in ogni caso deve essere consentito al concorrente di porre rimedio alla lacune o irregolarità afferenti le dichiarazioni o i documenti prodotti in fase di gara, con l'unico limite- si ripete -del necessario possesso del requisito in data antecedente alla scadenza dei termini per la presentazione delle offerte;

RILEVATO che nel caso di specie non siano emersi i presupposti per l'attivazione dell'istituto del soccorso istruttorio in favore della concorrente [OMISSIS] non riscontrandosi la necessità di integrare o completare la documentazione presentata, contenente una chiara elencazione dei servizi analoghi richiesti secondo le prescrizioni contenute nel disciplinare di gara;

RILEVATO infatti che la [OMISSIS], stante anche l'oggetto dell'attività dell'impresa aggiornato solo nel 2022, ha fornito un copioso elenco di contratti relativi a servizi pregressi da cui emerge tuttavia, anche alla luce della visura camerale, che l'esperienza seppur vasta non sia propriamente inerente e di lunga durata nello specifico settore oggetto di affidamento;

CONSIDERATO che la nozione di servizi analoghi deve intendersi come in generale "afferenti il medesimo settore imprenditoriale o professionale"; nel caso in esame, dunque, la [OMISSIS] ha presentato un elenco di servizi pregressi tra cui la stazione appaltante ha ritenuto compatibili per caratteristiche e importi solo taluni, come sopra evidenziato, che non hanno consentito alla concorrente di superare il vaglio delle prescrizioni contenute nella legge di gara con riferimento al possesso dei requisiti di capacità tecnicaprofessionale nel periodo preso a riferimento dal legge di gara;

CONSIDERATO che la valutazione rientra tra le competenze della stazione appaltante ed è sindacabile dall'Autorità solo se e nella misura in cui appaia fondata su un iter logico viziato da irragionevolezza o illogicità, vale a dire se, dalla disamina delle prestazioni oggetto dell'affidamento e dei servizi pregressi svolti da un operatore, risulti evidente la similitudine tra le prestazioni e la loro afferenza al medesimo settore imprenditoriale o professionale (vd. Prec. 127/2022);"

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 303 del 24 giugno 2024
UPREC-PRE-0158-2024-M-PREC**

"Appalto pubblico – Contratto misto – Scelta del contraente – Offerta tecnica – Errore materiale – Richiesta di rettifica del concorrente – Correzione da parte della Stazione appaltante – Ammissibilità e limiti – Soccorso istruttorio e soccorso procedimentale."

"La disposizione di cui all'art. 101, comma 4 del d.lgs. n. 36/2023, nel consentire al concorrente la possibilità di richiedere direttamente la rettifica di un errore materiale contenuto nell'offerta tecnica o economica di cui si sia avveduto dopo la scadenza del termine per la loro presentazione, non esclude la possibilità che la stazione appaltante, di propria iniziativa, intervenga per correggere gli errori materiali inficianti l'offerta, a condizione che l'effettiva volontà negoziale dell'operatore economico partecipante alla gara sia individuabile in modo certo nell'offerta presentata, senza margini di opacità o ambiguità, così che si possa giungere a esiti univoci circa la portata dell'impegno ivi assunto."

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 341 del 10 luglio 2024
UPREC-PRE 0120-2024-S**

"Il fatto che i chiarimenti attinenti al calcolo del corrispettivo, e quindi alla formulazione dell'offerta economica, siano stati resi solamente al concorrente richiedente produce l'effetto di una distorsione della concorrenza"

"VISTO l'art. 88, co. 3 del d.lgs. 36/2023, a tenore del quale «Le ulteriori informazioni richieste sui documenti di gara sono comunicate a tutti gli offerenti oppure rese disponibili sulla piattaforma di approvvigionamento digitale e sul sito istituzionale almeno sei giorni prima della scadenza del termine stabilito per la ricezione delle offerte e almeno quattro giorni prima quando il termine per la ricezione delle offerte è ridotto»; ... a seguito di un apposito supplemento di istruttoria effettuato nel procedimento di precontenzioso, la S.A. ammetteva che i chiarimenti erano visibili solo al richiedente.

Occorre considerare che il chiarimento riguardante la possibilità di cumulo degli aggi atteneva alle modalità di calcolo del corrispettivo e riguardava quindi direttamente la formulazione dell'offerta economica, tant'è che dai giustificativi presentati dall'aggiudicatario emerge che il corrispettivo offerto era dipeso dalla risposta dell'Amministrazione al chiarimento n. 1, non pubblicato e quindi noto solamente al richiedente. Tale situazione ha di fatto causato una distorsione della concorrenza in quanto un elemento rilevante ai fini della formulazione dell'offerta economica era noto solo ad un concorrente. Non risulta dirimente, in proposito, il fatto che all'istante fosse stata fornita copia della richiesta di chiarimenti, in quanto egli era stato interpellato dalla S.A. in quanto gestore uscente solo "al fine di fornire i dati richiesti relativi al gettito e agli accertamenti effettuati"; ... l'orientamento consolidato della giurisprudenza (C.G.A., 8 aprile 2024, n. 28; Cons. Stato, Sez. V, 2 gennaio 2024, n. 50; 7 settembre 2022, n. 7793; Sez. III, 23 novembre 2022, n. 10301), secondo cui i chiarimenti della stazione appaltante sono ammissibili nei limiti in cui non comportino una modifica o integrazione della disposizione della lex specialis, ma rendano solo più trasparenti le previsioni di gara.

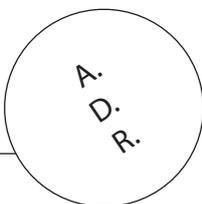
La trasparenza delle regole di gara è strumentale a tutelare l'interesse alla partecipazione dei singoli operatori economici, in modo da consentire agli stessi di presentare un'offerta ammissibile e competitiva (CGUE, sez. IX, 2 giugno 2016, C- 27/15);"

Autorità Nazionale Anticorruzione**Parere di precontenzioso n. 358 del 17 luglio 2024
UPREC-PRE-0174-2024-S-PREC**

"L'articolo 41, comma 14, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, prevede che il costo della manodopera, seppur quantificato e indicato separatamente negli atti di gara, rientri nell'importo complessivo a base di gara, su cui applicare, dunque, il ribasso offerto dal concorrente per definire l'importo contrattuale."

"... il citato art. 41, comma 14 del Codice prescrive che «Nei contratti di lavori e servizi, per determinare l'importo posto a base di gara, la stazione appaltante o l'ente concedente individua nei documenti di gara i costi della manodopera secondo quanto previsto dal comma 13. I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale»; ... l'Autorità sulla questione in esame si è già espressa con la Delibera n. 528 del 15.11.2023, nella quale, in conformità all'indirizzo interpretativo espresso dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti con il parere n. 2154 del 19.7.2023, il quale a sua volta si è basato su quanto stabilito nel Bando tipo n. 1, si sostiene che «La lettura sistematica della prima parte dell'articolo 41, comma 14, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, secondo il quale i costi della manodopera sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso, e della seconda parte della norma, che riconosce al concorrente la possibilità di dimostrare che il ribasso complessivo offerto deriva da una più efficiente organizzazione aziendale, induce a ritenere che il costo della manodopera, seppur quantificato e indicato separatamente negli atti di gara, rientri nell'importo complessivo a base di gara, su cui applicare il ribasso offerto dal concorrente per definire l'importo contrattuale»;"

A Domanda Rispondiamo



1

La richiesta di più preventivi trasforma un affidamento diretto in una procedura di gara?

Per realizzare un affidamento diretto la stazione appaltante ha facoltà di chiedere più preventivi agli operatori economici senza che questo comportamento venga inteso come un'apertura al mercato con applicazione di regole improntate al confronto concorrenziale.

Nella sentenza Cons. Stato sez. V, n. 503 del 15.01.2024 c'è un passaggio chiarissimo sulla questione: *"l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori (secondo modalità che corrispondono alle previsioni contenute nelle Linee Guida ANAC n. 4 per gli affidamenti diretti), non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara, né abilita i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall'amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze"* (cfr. **Cons. Stato, sez. IV, sentenza n. 3287 del 2021**).

Anche l'Anac nel Vademecum per gli affidamenti diretti, di recentissima pubblicazione richiama le medesime sentenze, sull'argomento.

2

Soccorso procedimentale o soccorso istruttorio?

L'art. 101 del D.lgs. 36/2023, disciplina entrambi gli istituti stabilendo che il soccorso istruttorio è volto ad integrare ogni elemento mancante, sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della documentazione richiesta per la partecipazione alla procedura di gara, ad esclusione di omissioni e irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente.

Il soccorso procedimentale invece viene impiegato per richiedere chiarimenti sugli elementi dell'offerta tecnica e dell'offerta economica che generino incomprensioni; la giurisprudenza si è pronunciata spesso sulla questione *"...chiarimenti volti a consentire l'interpretazione della sua offerta e a ricercare l'effettiva volontà dell'offerente, superando le eventuali ambiguità dell'offerta, fermo il divieto di integrazione dell'offerta, senza attingere a fonti di conoscenza estranee alla stessa e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essa assunta"* (Cons. St., n. 290/2023 cit.); e ancora: *"per risolvere dubbi riguardanti gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica, tramite l'acquisizione di chiarimenti da parte del concorrente che non assumano carattere integrativo dell'offerta, ma siano finalizzati unicamente a consentirne l'esatta interpretazione e a ricercare l'effettiva volontà del concorrente, superandone le eventuali ambiguità"* (**TAR Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 22.5.2023, n. 318**).

3

Quando si applica il codice degli appalti ai settori speciali?

L'art. 141, comma 2, del decreto legislativo n. 36 del 2023 stabilisce che *"Le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi applicano le disposizioni del presente Libro solo per i contratti strumentali da un punto di vista funzionale a una delle attività previste dagli articoli da 146 a 152."*

Il concetto di strumentalità dell'appalto dev'essere interpretato in modo ragionevolmente restrittivo, intendendosi per tale un affidamento che sia finalizzato *"agli scopi propri (core business) dell'attività speciale"* (Cons. Stato, n. 590 del 2018, cit.; Id., Ad. plen. 11 del 2016, cit.).

In tale prospettiva *"l'assoggettabilità dell'affidamento di un servizio alla disciplina dettata per i settori speciali non può essere desunta sulla base di un criterio solo soggettivo, relativo cioè al fatto che ad affidare l'appalto sia un ente operante nei settori speciali, ma anche in applicazione di un parametro di tipo oggettivo, attento alla riferibilità del servizio all'attività speciale"* (Cons. Stato, Ad. plen., 1 agosto 2011, n. 16); infatti, *"per determinare se l'affidamento di un appalto sia assoggettato alla disciplina dei settori speciali occorre sia un presupposto soggettivo (l'affidante dev'essere un ente operante nei settori speciali) sia un presupposto oggettivo (l'appalto deve essere strumentale all'attività speciale)"* (Cons. Stato, n. 590 del 2018, cit.); (Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) n. 06989/2024 05.08.2024).

4

Quali gli obblighi in seguito all'entrata in vigore dei nuovi CAM per gli appalti stradali?

Il 21 dicembre 2024 è prevista l'entrata in vigore del decreto 5/08/2024 del Ministero dell'Ambiente e della sicurezza energetica, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 197 del 23 agosto 2024, sui nuovi criteri ambientali minimi per l'affidamento dei servizi di progettazione e realizzazione dei lavori di costruzione, manutenzione, adeguamento delle infrastrutture sociali.

Il decreto CAM strade contiene più precisamente:

- criteri progettuali obbligatori che il progettista affidatario o gli uffici tecnici della stazione appaltante, nel caso in cui il progetto sia redatto da progettisti interni, oppure l'operatore economico, nel caso di appalto congiunto di progettazione e lavori, utilizzano per la redazione del progetto fin dal livello di fattibilità tecnico-economica;
- clausole contrattuali obbligatorie che l'aggiudicatario dei lavori applica alla gestione del cantiere.

E' prevista altresì la possibilità di applicare punteggi premianti all'operatore economico, prestatore di servizi di architettura e ingegneria, che abbia competenze sui temi previsti nel decreto, altri, volti a migliorare le prestazioni ambientali dei prodotti da costruzione, stimolando la ricerca di prodotti con minore impatto ambientale.

D'altra parte, la stazione appaltante avrà l'onere di verificare, in fase di esecuzione dell'opera, il rispetto degli impegni assunti dall'appaltatore in sede di presentazione dell'offerta, prevedendo anche sanzioni o la risoluzione del contratto, secondo quanto previsto dal Codice.

Per agevolare l'attività di verifica di conformità ai criteri ambientali, per ognuno di essi è riportata una "verifica" di conformità al criterio stesso, con descrizione di informazioni, metodi e documentazione necessaria.

5

E' consentita la stipulazione di un contratto di appalto pubblico mediante scambio di lettere commerciali?

L'attuale codice degli appalti prevede all'art. 18 comma 1: *"il contratto è stipulatoIn caso di procedura negoziata oppure per gli affidamenti diretti, mediante corrispondenza secondo l'uso commerciale, consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o sistemi elettronici di recapito certificato qualificato ai sensi del regolamento UE n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014."*

Già nel R.D. 2440/1923 prevede all'art. 17 si prevede che la P.A. possa stipulare contratti per mezzo di corrispondenza secondo l'uso del commercio, quando sono conclusi con ditte commerciali. Dal combinato disposto delle norme succitate, quindi, si evince la legittimità e l'idoneità di tale modus operandi, presupponendo la materiale trasmissione del documento di proposta contrattuale da un soggetto all'altro, qualunque sia il mezzo utilizzato, in grado di determinare l'incrocio di proposta e accettazione.

6

Quali offerte sono soggette ad esclusione in caso di applicazione del calcolo della soglia di anomalia attraverso il Metodo A di cui all'AlI. II.2?

Il contrasto normativo in questione si evince dal dato letterale di cui all'Allegato II.2 relativo ai "Metodi di calcolo della soglia di anomalia per l'esclusione automatica delle offerte".

Il punto 2) della lettera A prevede che la congruità delle offerte sia valutata sulla base del ribasso pari o superiore a una soglia di anomalia determinata, mentre, il punto 3) della medesima lettera A prevede che tutti gli sconti superiori alla soglia di anomalia siano automaticamente esclusi.

A dirimere il contrasto interpretativo viene in aiuto una recente sentenza del Consiglio di Stato (n. 5780 del 2024, pubblicata in data 01/07/2024), secondo la quale, *"a confortare l'assunto che si tratti di una svista depone soprattutto la considerazione logica che la soglia di anomalia determinata in base a tale metodo, calcolata appunto attraverso l'operazione matematica dell'accantonamento del 10%, arrotondato all'unità superiore, delle offerte rispettivamente di maggior ribasso e di minor ribasso, comporta che lo sconto pari a tale soglia sia, appunto, esso stesso anomalo e passibile di immediata esclusione, a differenza del metodo B, dove invece vale il contrario (v. punto 2), in quanto tutti gli sconti pari o inferiori alla soglia determinata in base a tale ultimo metodo sono, al contrario, non anomali."*

Alla luce di quanto sopra, anche le offerte con ribasso pari alla soglia di anomalia vanno escluse qualora si faccia ricorso al metodo A, una condotta diversa, infatti, sarebbe in contrasto con le stesse previsioni di cui ai punti 1) e 2) del Metodo A, secondo cui *"la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore a una soglia di anomalia determinata"*.

7

E' legittimo l'avvalimento premiale avente per oggetto la certificazione relativa al rating di legalità?

Tra le novità introdotte dal D.Lgs. n. 36/2023 vi è il c.d. avvalimento premiale, ossia l'ipotesi in cui il prestatore delle risorse da parte dell'ausiliaria sia diretto ad ottenere un punteggio più elevato in sede di valutazione dell'offerta per l'operatore economico, e non invece a sopperire a dei requisiti di capacità mancanti e, sebbene il rating di legalità sia un indicatore volto a premiare le aziende virtuose in materia di etica e di contrasto alla corruzione e non può che riferirsi all'impresa specificamente destinataria di tale certificazione, alla luce di quanto affermato dal T.A.R. Salerno, Sez. I con sentenza n. 315 del 30 gennaio 2024, si evince che l'avvalimento premiale del rating di legalità sia ammissibile, a condizione che la ditta ausiliaria apporti un contributo esecutivo concreto attraverso cui trasmettere alla propria ausiliata le "buone pratiche" aziendali che le hanno consentito di ottenere la certificazione dell'AGCM e che l'impresa ausiliaria posseda requisiti di idoneità professionale, tra cui vi rientra quello consistente nell'essere iscritti nel registro delle imprese per una attività pertinente con quell'oggetto dell'affidamento.

8

L'omessa indicazione del CCNL nella lex specialis di gara costituisce una clausola immediatamente escludente e quindi presuppone una immediata impugnazione del bando di gara?

Nonostante il chiaro disposto dell'art. 11, comma 2 del d.lgs. 36/23, secondo cui "nei bandi e negli inviti le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione", l'omessa indicazione del CCNL negli atti di gara non costituisce una clausola immediatamente escludente tale da consentire l'impugnativa immediata da parte dell'operatore economico, potendo pur sempre quest'ultimo individuare il contratto applicabile di riferimento o comunque altro ritenuto equivalente (**Cfr. TAR Catania, 06.06.2024 n. 2137**).

L'obbligo di sopralluogo negli appalti pubblici: un'analisi della sentenza del TAR Napoli n. 4387 del 25 luglio 2024

IN
PIL
LOLE

La sentenza del Tar Napoli n. 4387 del 25 luglio 2024 rappresenta un punto di riferimento significativo nella giurisprudenza italiana in materia di appalti pubblici; in particolare riguardo all'obbligo di sopralluogo e alla sua compatibilità con il principio di tassatività delle cause di esclusione.

La decisione ha affrontato una questione di grande rilevanza pratica: se l'obbligo di sopralluogo, previsto come condizione per la partecipazione a una gara di appalto, possa essere considerato legittimo senza violare il principio di tassatività delle cause di esclusione, sancito dal decreto legislativo n. 36 del 2023.

Il Decreto Legislativo n.36 del 2023, che rappresenta il nuovo Codice dei contratti pubblici, stabilisce all'art 10, comma 2, che le cause di esclusione devono essere tassativamente previste dalla legge.

Questo principio intende garantire la massima chiarezza e prevedibilità delle regole di partecipazione, evitando esclusioni arbitrarie o basate su criteri non espressamente previsti dalle norme o dai documenti di gara.

Il caso in esame riguarda la procedura di gara indetta dal Comune di Procida per l'affidamento del "Servizio Integrato di Igiene Urbana del Comune di Procida 2024-2028", un appalto del valore stimato di oltre 12 milioni di euro.

Il disciplinare di gara prevedeva l'aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, un sistema che, sebbene dia rilievo al prezzo, enfatizza l'importanza della qualità tecnica dell'offerta.

La società ricorrente, Gruppo Capasso S.r.l., è stata esclusa dalla gara a seguito del mancato rispetto dell'obbligo di sopralluogo, come prescritto dall'art. 11 del disciplinare di gara.

Il comune ha motivato l'esclusione con la mancata effettuazione del sopralluogo secondo le modalità stabilite, che prevedevano la necessaria presenza del personale della stazione appaltante.

Il Gruppo Capasso S.r.l. ha contestato l'esclusione, sostenendo di aver comunque eseguito il sopralluogo tramite un proprio delegato, pur senza la presenza del personale comunale.

La ricorrente ha inoltre impugnato la legittimità della clausola che imponeva l'obbligo di sopralluogo con il personale dell'amministrazione, ritenendola nulla e illegittima in quanto contraria alle previsioni del nuovo Codice degli Appalti (D.lgs. 36/2023).

Il TAR Napoli ha rigettato il ricorso, affermando che l'obbligo di sopralluogo, in questo caso, non costituisce una violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione.

Secondo il Tribunale, il sopralluogo non rappresenta una mera formalità, ma una componente essenziale per garantire una corretta formulazione dell'offerta. La mancata esecuzione del sopralluogo non è una semplice omissione formale ma una carenza sostanziale che impedisce di acquisire una piena e corretta conoscenza dello stato dei luoghi, necessaria per presentare un'offerta adeguata.

La sentenza chiarisce un aspetto fondamentale: l'obbligo di sopralluogo, quando previsto dai documenti di gara, non può essere considerato una clausola vessatoria o illegittima. Al contrario, si tratta di un adempimento essenziale per garantire una competizione trasparente e corretta, permettendo alle imprese di valutare adeguatamente le condizioni dell'appalto e di presentare offerte consapevoli e realistiche.

Difatti è ciò che si evince proprio dalle sue finalità ovvero, garantire la conoscenza dei luoghi così da permettere all'offerente di verificare le caratteristiche del sito, identificando eventuali difficoltà che potrebbero influenzare l'esecuzione dei lavori, la valutazione dei rischi che permette di creare un'offerta più realistica e sostenibile, accertare la corrispondenza tra le prescrizioni tecniche contenute nel capitolato e le condizioni effettive dei luoghi e l'equità competitiva che garantisce che tutti i concorrenti abbiano accesso alle stesse informazioni, evitando vantaggi competitivi basati su una conoscenza privilegiata dei luoghi.

Il Tar ha sottolineato che il principio di tassatività delle cause di esclusione non implica che ogni clausola non esplicitamente prevista dalla legge sia nulla. Al contrario, le stazioni appaltanti hanno il diritto ed il dovere di stabilire condizioni specifiche nei bandi di gara, purché queste siano ragionevoli e giustificate dalla necessità di garantire una corretta esecuzione del contratto.

Questa sentenza avrà probabilmente un impatto significativo sulle future procedure di gara e sulla redazione dei relativi bandi. Le stazioni appaltanti dovranno continuare a prestare attenzione nella formulazione delle clausole di gara, assicurandosi che ogni obbligo imposto ai partecipanti sia chiaramente giustificato e finalizzato alla corretta esecuzione dell'appalto. D'altra parte, gli operatori economici saranno tenuti a rispettare scrupolosamente tali disposizioni, pena l'esclusione dalla gara.

La giurisprudenza ha svolto un ruolo fondamentale nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme sul sopralluogo, contribuendo a delineare un quadro normativo più chiaro e coerente. Tuttavia, è probabile che il tema continui a evolversi, richiedendo ulteriori interventi normativi e giurisprudenziali per affrontare le nuove sfide poste dalla digitalizzazione e dalle esigenze del mercato.

In conclusione, la decisione del Tar Napoli n. 4387/2024 rappresenta una conferma della legittimità dell'obbligo di sopralluogo come requisito sostanziale nelle gare d'appalto, rafforzando il principio secondo cui la corretta conoscenza delle condizioni di esecuzione è fondamentale per una partecipazione informata e competitiva.

Il rispetto delle modalità previste per il sopralluogo non è un mero formalismo, ma un requisito sostanziale che influisce direttamente sulla qualità dell'offerta e sulla correttezza della procedura di gara. Le imprese partecipanti devono quindi prestare massima attenzione a tali obblighi, mentre le stazioni appaltanti devono garantire la trasparenza e l'equità delle condizioni di gara.



MEDIAAPPALTI

Guida pratica in materia di appalti pubblici

Mediappalti ora è disponibile on line

Abbonati su www.mediappalti.it

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

MEDIAAPPALTI

Publicità: pubblicita@mediappalti.it

Servizio Abbonamenti: abbonamenti@mediappalti.it

**Medi
Graphic**

Redazione: Mediagraphic s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta (BT)

Tel. 0883.527171 - Mail: redazione@mediappalti.it

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!