

12 DICEMBRE 2023

**DIRITTO SOCIETARIO E ATTIVITÀ DI
IMPRESA E CONCORRENZA**

GUIDA AL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

INDICE

Introduzione	p. 4
1. I principi generali	p. 7
1.1 I principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato	p. 8
1.2 I principi strumentali all'obiettivo del risultato	p.11
2. La digitalizzazione e gli strumenti telematici	p.15
2.1 I principi e i presupposti della transizione digitale	p.15
2.2 La banca dati dei contratti pubblici e l'anagrafe degli operatori economici	p.16
2.3 Il fascicolo virtuale dell'operatore economico	p.18
2.4 Le piattaforme digitali di approvvigionamento	p.19
2.5 I sistemi dinamici di acquisizione, le aste e i cataloghi elettronici	p.20
3. L'ambito di applicazione del Codice	p.22
3.1 Le soglie di rilevanza europea	p.24
3.2 I contratti sottosoglia	p.26
4. La qualificazione delle stazioni appaltanti	p.29
4.1 La richiesta di qualificazione	p.32
5. I requisiti dell'operatore economico	p.37
5.1 I requisiti generali	p.37
5.2 Le cause di esclusione automatica	p.38
5.3 Le cause di esclusione non automatica	p.45
5.4 L'illecito professionale grave	p.49
5.5 La procedura di esclusione e le misure di <i>self-cleaning</i>	p.55
5.6 La durata e la decorrenza dell'esclusione	p.58
5.7 I requisiti speciali e l'avvalimento	p.62
5.8 La reputazione dell'impresa	p.69
6. Il ciclo di vita del contratto pubblico	p.70
6.1 Il Nuovo ruolo del Responsabile Unico del Progetto (RUP)	p.70
6.2 La programmazione e la progettazione	p.73
6.3 Le procedure di scelta del contraente	p.80
6.4 Gli atti preparatori e i documenti di gara	p.88
6.5 I criteri di selezione dell'offerta e le offerte anomale	p.95

6.6 La conclusione del contratto	p.103
6.7 L'esecuzione del contratto	p.109
6.8 Il subappalto	p.116
6.9 Modifiche e rinegoziazione e proroga del contratto	p.121
6.10 La sospensione dell'esecuzione e la proroga dei termini	p.127
6.11 Lo scioglimento del contratto	p.129
7. I settori speciali	p.131
7.1 L'ambito di applicazione	p.131
7.2 La selezione dei partecipanti e delle offerte	p.135
8. Il partenariato Pubblico Privato	p.137
8.1 Gli elementi essenziali e la valutazione preliminare di convenienza del progetto	p.139
8.2 La concessione e il rischio operativo	p.142
8.3 Gli affidamenti dei concessionari e le concessioni in essere	p.153
8.4 La finanza di Progetto	p.157
8.5 Locazione finanziaria, contratto di disponibilità e altre tipologie contrattuali	p.161
9. La tutela giurisdizionale e i rimedi alternativi	p.167
9.1 Le modifiche al rito speciale	p.167
9.2 Accordo bonario, arbitrato, transazione	p.169
9.3 Il collegio consultivo Tecnico	p.171
9.4 Il parere di precontenzioso	p.174
10. Timeline per l'applicazione del Codice e regime transitorio	p.175
Indice dei Focus	p.178

INTRODUZIONE

Il decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36¹ ha introdotto nell'ordinamento italiano il nuovo Codice dei contratti pubblici, che dal 1° luglio 2023 ha sostituito la precedente disciplina contenuta nel decreto legislativo n. 50/2016.

L'opera di sistemazione della materia, affidata al Consiglio di Stato, varata in un tempo di grande complessità per l'economia e per la società, all'indomani di una crisi pandemica mondiale, è stata posta tra gli obiettivi essenziali del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR).

Il nuovo Codice conserva gli istituti del codice previgente che in sede applicativa hanno dato buona prova di sé², come ne conserva il numero degli articoli, che però sono stati semplificati nei contenuti. L'intervento di modifica può apparire di *fine tuning* per assicurare l'adeguamento della disciplina ai principi espressi dalla giurisprudenza nazionale ed europea, ma in realtà il risultato finale presenta molti aspetti innovativi, che guardano al futuro. Anche il profilo di delegificazione, con la riduzione del numero delle norme e linee guida è significativa. Soprattutto, l'intera opera si poggia, con coerenza, su quattro principi cardine, che rappresentano la chiave per attuare tutte le novità del Codice: (i) *la semplificazione* e limitazione del *goldplating*; (ii) *l'accelerazione* delle procedure; (iii) *la digitalizzazione* delle procedure e la interoperabilità delle piattaforme dati; (iv) *la tutela* dei lavoratori e delle imprese³.

Sotto il profilo strutturale, il Codice opera un profondo riordino normativo. Alla coesistenza di varie fonti attuative di diversa natura (regolamenti ministeriali, linee guida ANAC, normativa emergenziale), il nuovo Codice sostituisce un sistema delle fonti strutturato su due plessi normativi entrati in vigore simultaneamente: 229 disposizioni e 36 allegati. Ciò rende il nuovo Codice immediatamente operativo, senza rinvio a successivi regolamenti attuativi (principio dell'"autoconclusività" del Codice) e dà maggiore chiarezza al quadro regolatorio (che viene alleggerito dalle disposizioni di dettaglio).

Dal punto di vista sostanziale, l'opera di modernizzazione della disciplina si sviluppa su due assi portanti: la semplificazione e la digitalizzazione.

¹ In attuazione della delega disposta dalla Legge 21 giugno 2022, n. 78.

² Relazione al codice, p. 9.

³ Relazione al codice, p. 10.

La semplificazione delle regole si realizza aumentando la discrezionalità amministrativa delle stazioni appaltanti, alla quale è affiancata un'accurata *accountability* per i risultati conseguiti. Alla maggiore flessibilità nella gestione delle procedure di aggiudicazione si accompagnano alcuni principi generali volti a orientare l'azione amministrativa.

Le disposizioni del Codice devono essere applicate in base ai principi prioritari: (i) del risultato, (ii) della fiducia e (iii) dell'accesso al mercato. L'aver collocato all'inizio della disciplina questi principi, a cominciare da quello del risultato, segna il passaggio tra vecchia e nuova regolamentazione in tema di contratti pubblici e guida l'opera di interpretazione delle norme.

In piena discontinuità con l'approccio precedente, il nuovo Codice pone come obiettivo principale della committenza pubblica l'affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, vale a dire il risultato. I principi della concorrenza e della trasparenza ricoprono invece un ruolo funzionale, essendo volti a conseguire il miglior risultato nel rispetto dell'applicazione delle regole e ad assicurarne la piena verificabilità.

L'agire amministrativo deve inoltre esprimersi in un clima di reciproca fiducia tra le parti. Pertanto, da un lato, viene favorita l'iniziativa e l'autonomia decisionale del funzionario pubblico, garantendogli tuttavia una rete di protezione che circoscrive il perimetro della responsabilità amministrativa. Dall'altro vengono rimossi alcuni vincoli per l'operatore economico che intende ricorrere al subappalto o all'avvalimento, nonché vengono valorizzati gli effetti delle misure di *self-cleaning*. Nell'esercizio del potere discrezionale, la stazione appaltante deve assicurare il più ampio accesso al mercato, garantendo agli operatori economici di competere nel rispetto dei principi di pari opportunità, imparzialità e non discriminazione.

L'altro elemento su cui si fonda la riforma della disciplina dei contratti pubblici è rappresentato dalla digitalizzazione, aspetto che nel codice viene collocato immediatamente dopo la parte dedicata ai principi generali e all'ambito di applicazione. L'utilizzo di tecnologie digitali consente una più efficiente gestione dell'intero ciclo di vita del contratto, non solo in termini di accelerazione dei tempi procedurali, ma anche di riduzione del rischio di errore. A tal fine, il nuovo Codice ha regolato il ricorso ai sistemi di intelligenza artificiale o di *blockchain* utilizzabili durante tutte le fasi della procedura di aggiudicazione nonché l'adozione di strumenti di gestione informativa digitale (c.d. BIM), volti a migliorare la progettualità nelle grandi opere.

Fattore essenziale per la transizione digitale è la creazione di un'infrastruttura (c.d. ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale) basata sull'interoperabilità e l'interconnessione fra i vari *dataset*. Un sistema di *e-platform* rende lo scambio di informazioni, tra stazione appaltante e operatore economico e tra stazione appaltante e altre amministrazioni, non soltanto più veloce ma anche più affidabile e basato su dati omogenei e costantemente aggiornati, facilitando ad esempio la verifica dei requisiti di partecipazione.

Le previsioni su digitalizzazione e e-procurement delineano una profonda riorganizzazione e riqualificazione di personale e attrezzature che investe le amministrazioni, le stazioni appaltanti e gli operatori economici, che appare necessaria per la modernizzazione del sistema dei contratti pubblici e del Paese. Per le complessità sottese alla sua realizzazione e alla natura tecnica delle disposizioni necessarie, questa parte è l'unica del Codice che si sottrae al principio della sua "autoconclusività" e che prevede l'adozione di atti attuativi da parte del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, del Dipartimento per l'innovazione tecnologica alla Presidenza del Consiglio; dell'AGID e dell'ANAC.

La presente Guida offre un commento sintetico e organico delle novità apportate dal Codice alla disciplina dei contratti pubblici, partendo dall'analisi dei principi generali e degli strumenti digitali che costituiscono i presupposti per una efficiente gestione del contratto pubblico. La corretta applicazione della nuova normativa richiede un'adeguata comprensione delle sue importanti novità, anche di carattere culturale e di prospettiva, da parte dei soggetti coinvolti nelle procedure di aggiudicazione.

La Guida si sofferma sul nuovo meccanismo di qualificazione delle stazioni appaltanti e sul riordino dei requisiti di partecipazione, con particolare attenzione al ruolo della stazione appaltante nei casi di esclusione non automatica, compresa la valutazione di efficacia delle misure di *self-cleaning* e la rilevanza della reputazione dell'impresa.

Una figura centrale nel nuovo assetto normativo è rappresentata dal Responsabile Unico del Progetto (RUP) al quale viene affidata la responsabilità dell'intero progetto, dalla fase di programmazione alla fase di esecuzione. La Guida analizza quindi tutte le fasi procedurali propedeutiche alla stipulazione del contratto, soffermandosi sugli eventi che possono verificarsi in corso di esecuzione (revisione dei prezzi, riserve e proroga dei termini), fino alla risoluzione di eventuali controversie insorte durante lo svolgimento delle prestazioni contrattuali.

Un apposito paragrafo è inoltre dedicato agli appalti nei settori speciali per i quali vengono esplicitate le differenze rispetto al settore ordinario, in relazione alle modalità di gestione delle procedure nonché di selezione dei partecipanti e delle offerte.

Infine, la Guida analizza gli aspetti innovativi introdotti nella disciplina del partenariato pubblico privato, *in primis* con riferimento alle concessioni, chiarendo gli elementi essenziali che caratterizzano l'operazione economica. Particolare attenzione è stata riservata all'efficiente allocazione del rischio operativo e all'adozione di misure di garanzia sulla fattibilità e sulla convenienza del progetto.

L'analisi della normativa è arricchita da specifici *focus* di approfondimento dedicati a temi di maggiore impatto innovativo della disciplina dei contratti pubblici e che si pongono al confine con le altre discipline dell'ordinamento. Sono stati altresì evidenziati alcuni nodi interpretativi da sciogliere, su aspetti di maggiore criticità che danno luogo a dubbi e incertezze applicative.

1. I principi generali

Tra le novità di maggior rilievo vi è l'introduzione di una prima parte dedicata ai principi generali che regolano l'intera disciplina dei contratti pubblici. Si tratta di dodici articoli che delineano gli obiettivi e la gerarchia degli interessi sottesa al nuovo Codice.

Il ricorso ai principi assolve a una funzione di completezza dell'ordinamento giuridico e di garanzia di un corretto bilanciamento di interessi diversi che altrimenti non troverebbero adeguata composizione nelle singole disposizioni⁴. Essi, inoltre, indicano i criteri interpretativi che guidano l'applicazione delle norme e fissano le regole di condotta generali che i destinatari della disciplina sono tenuti a osservare.

In particolare, il Codice delinea tre principi fondamentali, tra loro strettamente connessi: il principio del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato. Per espressa previsione normativa⁵, tali principi costituiscono il criterio prioritario e vincolante, in forza del quale devono essere interpretate e applicate tutte le disposizioni del Codice, in modo coerente con gli obiettivi sottesi ai principi formulati. Alla luce di tali principi sono stati, inoltre, ripensati alcuni istituti e regole fondamentali del Codice, quali ad esempio quelle relative al conflitto di interessi, al soccorso istruttorio e alla disciplina delle esclusioni (su cui v.

**Principi
generali**

⁴ Come evidenziato dalle più recenti riforme organiche, quali ad esempio la riforma della disciplina della crisi d'impresa realizzata dal decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 che ha introdotto la prima formulazione del Codice della crisi e dell'insolvenza, successivamente modificato dal decreto legislativo 17 giugno 2022, n. 83.

⁵ V. articolo 4.

par.5.2 e 5.3) Seguono poi ulteriori principi, dall'ambito di applicazione più circoscritto, strumentali alla piena attuazione dei primi (buona fede e tutela dell'affidamento, auto-organizzazione, autonomia contrattuale, conservazione dell'equilibrio contrattuale).

Principi digitali

Ai principi generali e ai principi strumentali alla loro realizzazione si affiancano, infine, i principi contenuti nella seconda parte del Libro I che regolano la digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti, quale principale sfida innovativa per il rilancio del sistema economico e sociale generale. La realizzazione di un sistema nazionale di *e-procurement* costituisce, infatti, uno degli obiettivi cardine del Piano nazionale di ripresa e resilienza e, in quest'ottica, permea tutta la disciplina del Codice, incentivando i destinatari a cogliere le nuove opportunità offerte dagli strumenti digitali e a rinnovare in chiave moderna i rapporti tra pubblica amministrazione e operatori economici.

1.1 I principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato

Risultato

Il principio cardine che guida l'interpretazione e l'applicazione delle nuove norme è il principio del risultato. Esso definisce e circoscrive l'interesse pubblico primario che lo stesso Codice persegue individuandolo nell'affidamento del contratto e nella sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza (articolo 1).

Tale principio segna un punto di svolta rispetto al paradigma finora seguito nella contrattualistica pubblica che era orientato alla promozione della concorrenza come unica modalità di scelta della soluzione idonea a garantire il soddisfacimento dell'interesse pubblico con il minor aggravio di spesa. La nuova disciplina invece pone al centro dell'azione contrattuale dell'amministrazione l'acquisizione di beni e servizi e la realizzazione di lavori alle migliori condizioni possibili⁶.

Il principio di concorrenza, così come il principio di legalità e di trasparenza⁷ sono dunque strumenti a servizio del miglior risultato⁸, realizzando in tal modo un equo bilanciamento tra le esigenze di garanzia e l'efficienza e l'economicità delle procedure nelle commesse pubbliche.

⁶ Sull'evoluzione della gerarchia degli interessi nella materia dei contratti pubblici negli ultimi quindici anni e sul cambiamento culturale sotteso al nuovo Codice si rinvia a G. Napolitano, *Committenza pubblica e principio del risultato*, in Astrid Rassegna, 6, 2023.

⁷ In particolare, la trasparenza ha una funzione di "verificabilità dei risultati" in un'ottica di responsabilizzazione dell'amministrazione; essa consente di esercitare un controllo indiretto sul risultato, senza ritardare le procedure e incentivando al contempo l'azione virtuosa della pubblica amministrazione.

⁸ In tal senso v. Relazione illustrativa al Codice.

L'articolo 1 individua due parametri funzionali al risultato: i) il rapporto qualità-prezzo, che diventa lo standard fondamentale della selezione dell'offerta; e ii) la tempestività⁹.

Secondo la stessa disposizione, inoltre, il principio del risultato costituisce il criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché il parametro di verifica cui devono attenersi le autorità di controllo e gli organi di tutela giurisdizionale nel valutare la responsabilità (amministrativa e disciplinare) del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle diverse fasi del contratto. Tale previsione mira a realizzare un ampliamento e una maggiore effettività della discrezionalità dell'amministrazione contraente che potrà scegliere, caso per caso, sia le procedure da seguire, sia le regole a cui auto-vincolarsi, beneficiando di una maggiore flessibilità, autonomia gestionale e organizzativa. Contestualmente, la valorizzazione del risultato come parametro di valutazione della responsabilità introduce anche nell'ambito dei contratti pubblici il concetto dell'*accountability*¹⁰ che, ai fini dell'accertamento della responsabilità dell'amministrazione, impone la verifica della correttezza dell'agire amministrativo in senso sostanziale e non come mera osservanza di regole formali.

Alla stregua del principio del risultato devono, infine, misurarsi gli incentivi del personale, nel rispetto delle modalità previste dalla contrattazione collettiva.

Strettamente connesso al principio del risultato è il principio della fiducia (articolo 2). Secondo tale disposizione, infatti, il potere discrezionale della pubblica amministrazione si fonda sul principio della "reciproca fiducia" nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici.

Fiducia

Tale principio è stato introdotto con lo specifico obiettivo di superare la "cultura del sospetto" che ha caratterizzato gli interventi normativi degli ultimi anni dando luogo a una disciplina estremamente complessa e dettagliata, volta a ridurre la discrezionalità della pubblica amministrazione nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti. Ciò ha determinato una forma di "burocrazia difensiva" da parte dei funzionari pubblici e il timore di assumere iniziative (cd. paura della firma) per evitare il rischio di incorrere in rigide

⁹ Il parametro della tempestività si inquadra anche nelle esigenze del PNRR che delinea, come è noto, obiettivi da conseguire entro tempi certi, al fine dei quali le procedure per l'affidamento dei contratti pubblici diventano essenziali.

¹⁰ Come noto, il concetto di *accountability* si è sviluppato in ambito privatistico nell'ultimo ventennio come elemento fondamentale della corretta gestione imprenditoriale, al fine di riconoscere alle imprese piena discrezionalità nelle scelte organizzative e gestorie e collegando ad esse la relativa responsabilità entro i precisi limiti della cd. *business judgment rule*.

forme di responsabilità amministrative, civili, penali e contabili, con l'effetto di pregiudicare l'efficienza dell'amministrazione e ostacolare il rilancio economico del Paese¹¹. L'attribuzione di un ampio potere discrezionale, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto, presuppone la fiducia nei confronti di chi tale potere è chiamato a esercitare. A tal fine occorre creare un contesto adeguato al suo esercizio, basato sull'autorevolezza e affidabilità dei soggetti coinvolti nelle procedure di gara da realizzare attraverso la qualificazione delle stazioni appaltanti, la valorizzazione di meccanismi di reputazione dell'impresa e l'introduzione di meccanismi di controllo interno orientati alla verifica dei risultati.

Per valorizzare il potere discrezionale del funzionario pubblico e al tempo stesso garantire la certezza del diritto, l'articolo 2 definisce con chiarezza il perimetro della responsabilità amministrativa. Il funzionario pubblico per le attività svolte in tutte le delicate fasi di vita del contratto (programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione), risponde soltanto per dolo o "colpa grave". Il Codice, riprendendo consolidati orientamenti giurisprudenziali della Corte dei conti, definisce espressamente la colpa grave come la violazione delle norme di diritto, degli auto-vincoli, nonché della "palese" violazione di regole di prudenza, perizia e diligenze". Costituisce, inoltre, colpa grave l'omissione delle cautele, verifiche e informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto. Tale criterio di determinazione della colpa evoca i principi recentemente affermatasi nella giurisprudenza civile in tema di responsabilità amministrativa degli enti¹², ricollegando la responsabilità del funzionario pubblico alla mancata adozione delle specifiche cautele, rilevanti per il caso concreto e individuabili *ex ante* sulla base delle conoscenze disponibili al momento del fatto contestato. Infine, la norma dà rilievo agli indirizzi giurisprudenziali e alla prassi escludendo la colpa grave quando la violazione o l'omissione sia stata determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti.

Il terzo principio fondamentale, infine, è quello dell'"accesso al mercato", che deve essere favorito dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti nel rispetto dei principi di derivazione europea della concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità, trasparenza e proporzionalità (articolo 3), che, in linea generale, guidano l'intera azione amministrativa. Questa disposizione riguarda il 'come' raggiungere il risultato. Il principio

¹¹ In questo senso si è espressa anche la sentenza della Corte costituzionale n. 8 del 2022 riconoscendo nel fenomeno della "burocrazia difensiva" una vera emergenza istituzionale.

¹² In particolare, v. Corte di Cassazione sez. Pen. 15 giugno 2022 n. 23401.

di accesso al mercato garantisce quindi che il risultato sia conforme ai principi europei che tutelano a libera concorrenza e favoriscono l'apertura del mercato al più ampio numero di operatori economici, in condizioni di parità di trattamento.

1.2 I principi strumentali all'obiettivo del risultato

I principi contenuti negli articoli da 5 a 12, sebbene meno innovativi rispetto ai precedenti¹³, svolgono comunque un ruolo fondamentale per assicurare l'obiettivo del risultato. Si tratta in realtà di norme che introducono precise regole di condotta sia per le stazioni appaltanti, sia per gli operatori economici, quali ad esempio quelle che impongono, di comportarsi, per tutto il ciclo di vita del contratto, nel rispetto dei principi di buona fede e tutela dell'affidamento (articolo 5)¹⁴.

Buona fede e tutela dell'affidamento

Un'altra regola introdotta dall'articolo 7 riguarda il principio di auto-organizzazione amministrativa. Pertanto, alla singola amministrazione è riconosciuta piena discrezionalità nella scelta se – per la realizzazione dell'opera o la prestazione dei beni o dei servizi – ricorrere al mercato, oppure optare per l'autoproduzione, o per la cooperazione amministrativa, delineando al tempo stesso le regole da seguire nella scelta (ad es. obbligo di motivazione per gli affidamenti in house)¹⁵.

Auto-organizzazione e autonomia contrattuale

L'articolo 8 ribadisce, per il settore dei contratti pubblici, il principio di autonomia contrattuale, già riconosciuto dalla legge n. 241/1990. Pertanto, le pubbliche amministrazioni, per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, possono concludere qualsiasi contratto, anche gratuito nel rispetto delle disposizioni di legge. Le prestazioni d'opera intellettuale non possono comunque essere rese dai professionisti gratuitamente, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione. In ogni caso si applica il principio dell'equo compenso.

¹³ Essi erano già previsti nel decreto legislativo n. 50/2016 o comunque erano ricavabili da alcune previsioni.

¹⁴ L'articolo 5 prevede altresì una limitazione di responsabilità della stazione appaltante. In caso di aggiudicazione annullata l'affidamento non si considera illegittimo se la legittimità poteva essere agevolmente rilevata in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti. In caso di annullamento del provvedimento di aggiudicazione, il danno è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati (es. costi sostenuti per partecipare alla gara e perdita della chance contrattuale alternativa).

¹⁵ Per l'analisi del principio di auto-organizzazione e della sua concreta attuazione ai fini della scelta della modalità di affidamento del contratto si rinvia al par. 6.3.

Altro principio fondamentale è quello della conservazione dell'equilibrio contrattuale previsto dall'articolo 9 del Codice. Tale disposizione introduce nell'ambito dei contratti pubblici una regola generale volta a favorire la conservazione del contratto al verificarsi di circostanze straordinarie e imprevedibili (si pensi ad esempio, agli effetti economici della crisi pandemica, della guerra e della crisi energetica), che siano tali da determinare un'alterazione dell'equilibrio contrattuale, o da far venir meno l'interesse del creditore alla prestazione. In tali casi alla parte danneggiata dalla circostanza eccezionale è riconosciuto un diritto alla rinegoziazione delle condizioni contrattuali secondo buona fede, cui corrisponde un preciso obbligo per la controparte. La norma mira, dunque, a superare il rimedio civilistico della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione (art. 1467 c.c.), tutelando l'interesse della pubblica amministrazione a preservare l'efficacia del contratto in corso di esecuzione e la stabilità delle procedure espletate per l'affidamento, senza pregiudicare la gestione imprenditoriale dell'operatore economico su cui eventualmente ha inciso la circostanza imprevedibile.

Affinché il diritto alla rinegoziazione possa essere esercitato devono ricorrere determinate condizioni. In particolare la norma prevede che: i) la circostanza straordinaria e imprevedibile deve essere estranea alla normale alea di rischio del mercato e all'ordinaria fluttuazione dei prezzi; ii) i rischi concretizzati da tali eventi non devono risultare assunti volontariamente dalla parte danneggiata; iii) lo squilibrio tra le prestazioni deve essere rilevante; iv) la rinegoziazione deve essere diretta a ripristinare l'equilibrio contrattuale originario risultante dal bando e dal provvedimento di aggiudicazione, e non deve costituire uno strumento per eludere le regole delle procedure di gara. In ogni caso la rinegoziazione è ammessa nei limiti dello stanziamento di bilancio originario.

Nel caso in cui, invece, le circostanze straordinarie incidano non sull'equilibrio contrattuale, ma sull'utilità della prestazione per la parte creditrice, la controparte svantaggiata ha diritto a una riduzione proporzionale del corrispettivo, secondo le regole civilistiche dell'impossibilità sopravvenuta parziale del contratto di cui all'articolo 1464 c.c. Anche in tal caso si tratta di un rimedio manutentivo del contratto, volto ad adattare l'esecuzione a quanto non prevedibile originariamente.

Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale trova piena attuazione in due istituti previsti dal Codice: quello della revisione dei prezzi (articolo 60) e quello della modifica del contratto in corso di esecuzione (articolo 120). Il primo consiste in una clausola obbligatoria che deve essere inserita nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento e che opera in via automatica (sulla base di indici ISTAT) al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva, non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta, che determinino una variazione del costo dell'opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione superiore al 5% dell'importo complessivo e nella misura dell'80% della variazione stessa. Il secondo istituto consiste nella possibilità di modificare il contratto in corso di esecuzione, senza che sia necessario procedere a una nuova procedura di affidamento, purché ricorrano determinate condizioni. Quest'ultima previsione era già contenuta nell'articolo 106 del Codice precedente, ma è stata sostanzialmente modificata nel senso di un ampliamento della portata delle varianti in corso d'opera, al fine di garantire il perseguimento del risultato, secondo il miglior rapporto tra qualità e prezzo (sul punto si rinvia al par. 6.9).

**Revisione
prezzi e
modifica del
contratto in
corso**

Altri principi di rilievo riconosciuti dall'articolo 10 sono il principio di tassatività delle cause di esclusione e il principio della massima partecipazione.

Il principio di tassatività delle cause di esclusione riceve una concreta applicazione negli articoli 94 e 95 del Codice (su cui si rinvia ai par 5.2 e 5.3). Da esso consegue il divieto di introdurre nel bando di gara o nelle lettere di invito ulteriori cause di esclusione.

**Tassatività
delle cause
di esclusione**

Il principio di tassatività non fa venir meno il correlato principio, di origine giurisprudenziale, dell'eterointegrazione dei bandi e delle lettere di invito in caso di omissione di elementi necessariamente richiesti dalle disposizioni normative. Eventuali cause di esclusione diverse rispetto a quelle previste dal Codice sono da considerarsi nulle e come non apposte, fermo restando la validità dell'atto in cui sono previste.

Il principio di massima partecipazione è volto, da un lato, a garantire l'operatore economico, in quanto favorisce la massima contendibilità delle procedure di gara in assenza di barriere fondamentali e ostacoli ingiustificati all'accesso e, dall'altro, ad assicurare alla pubblica amministrazione il miglior contraente presente sul mercato, offrendo alla stessa un ventaglio di offerte quantitativamente e qualitativamente idonee al perseguimento del miglior risultato¹⁶.

**Massima
partecipa-
zione**

¹⁶ Esempi concreti di applicazione del principio di massima partecipazione sono gli istituti del soccorso istruttorio (articolo 101), dell'avvalimento (articolo 104), o del principio di rotazione (articolo 49).

Sempre al fine di favorire la massima partecipazione alla procedura da parte di potenziali concorrenti, comprese le micro, piccole e medie imprese, l'articolo 10 consente alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di introdurre requisiti speciali, relativi alla capacità professionale, economica e tecnica, purché essi siano attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto¹⁷. Viene così assicurata la qualificazione dell'aggiudicatario evitando tuttavia l'esclusione dalle gare di operatori economici potenzialmente idonei, con l'individuazione di requisiti non necessari per la prestazione. Anche per tali requisiti è tuttavia sancito un principio di tassatività: la stazione appaltante non può prevedere ulteriori requisiti speciali al di fuori delle tipologie previste dall'articolo 100.

Il principio di massima partecipazione, nell'ottica di favorire la partecipazione anche delle piccole e medie imprese è in concreto perseguito in diverse previsioni contenute nel Codice, ad esempio attraverso la riduzione degli oneri posti a loro carico o la previsione di agevolazioni economiche-finanziarie, nonché favorendo la suddivisione dell'appalto in lotti o la partecipazione alle gare in raggruppamenti temporanei di imprese.

Altri principi

Ulteriori principi generali riguardano l'obbligo per le stazioni appaltanti o enti concedenti di indicare il contratto collettivo nazionale applicabile al personale impiegato (articolo 11)¹⁸ e la possibilità per la pubblica amministrazione di adottare, per l'affidamento dei servizi sociali, un modello organizzativo ispirato ai principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale (articolo 6)¹⁹.

Il Titolo dedicato ai principi si chiude, infine, con una clausola di rinvio esterno. L'articolo 12 prevede che in assenza di una diversa previsione contenuta nel Codice, si applicano le disposizioni della legge n. 241/1990 per quanto riguarda le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratto, nonché le disposizioni del codice civile per la stipula e l'esecuzione del contratto.

2. La digitalizzazione e gli strumenti telematici

La digitalizzazione del sistema di approvvigionamento pubblico assume un ruolo centrale nel Codice. Essa rappresenta una sfida per il legislatore volta a realizzare una vera transizione digitale, ripensando in chiave digitale tutte le fasi e gli adempimenti connessi all'approvvigionamento delle commesse pubbliche. La digitalizzazione offre il vantaggio di ottimizzare il tempo dedicato alla stesura dei documenti, abbattendo i

¹⁷ Come si vedrà più avanti, tale previsione è ribadita anche dall'articolo 100, comma 2 del Codice.

¹⁸ Gli operatori economici possono indicare nell'offerta un differente contratto collettivo, purché esso garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato nei documenti di gara.

¹⁹ La previsione richiama quanto sancito dalla Corte costituzionale nella sentenza 26 giugno 2020, n. 131.

periodi di inattività dovuti alla loro comunicazione e allo loro scambio, secondo le modalità tradizionali. Inoltre, l'elaborazione di informazioni secondo standard comuni, il loro utilizzo con piena interoperabilità e la loro conservazione in termini di *big data* consentono da un lato di attuare definitivamente il principio del *once only* e dall'altro di sfruttare le nuove tecnologie per far emergere comportamenti anomali o diseconomie, al fine di assumere decisioni più efficienti.

Tutte le disposizioni che sono alla base del processo di transizione verso l'e-procurement sono raccolte nella parte II del Libro I (artt. 19-36).

Accanto alle disposizioni volte a realizzare una nuova architettura digitale composta da infrastrutture e sistemi operativi, tra di loro pienamente interoperabili, capaci di interagire secondo standard e regole tecniche comuni, vi sono disposizioni che impongono la trasformazione in chiave digitale delle procedure di aggiudicazione del contratto pubblico. Fanno parte delle norme dedicate alla digitalizzazione anche le disposizioni che mirano ad incentivare l'utilizzo di strumenti telematici per l'aggiudicazione e la conclusione di contratti pubblici. Alcuni di questi erano già previsti dalla precedente disciplina, altri invece derivano dalla prassi e la loro regolazione era stata anticipata dalla giurisprudenza. Si tratta ad esempio dei modelli BIM basati sul *big data computing*, in uso nel settore delle costruzioni oppure delle soluzioni automatizzate basate su tecnologie di intelligenza artificiale, per migliorare l'efficienza del processo di selezione²⁰.

2. 1 I principi e i presupposti per la transizione digitale

L'articolo 19, benché rubricato principi digitali, contiene norme prescrittive che regolano il processo di trasformazione digitale delle procedure di approvvigionamento pubblico.

Il principio cardine è che tutte le attività e i procedimenti amministrativi connessi al ciclo di vita dei contratti pubblici devono essere svolti digitalmente mediante le piattaforme e i servizi digitali infrastrutturali delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti²¹.

Ciò impone la realizzazione di una nuova infrastruttura pubblica e la reingegnerizzazione dei processi amministrativi connessi all'espletamento delle procedure di aggiudicazione.

²⁰ Sul punto si rinvia al par. 6.2.

²¹ Il processo di trasformazione mira a realizzare un sistema di piattaforme digitali in grado di consentire la redazione di documenti nativamente digitali, l'accesso elettronico alla documentazione, la presentazione delle offerte, il controllo tecnico, contabile e amministrativo dei contratti anche in fase di esecuzione e la gestione delle garanzie (articolo 22).

Il processo di transizione digitale deve avvenire nel rispetto dei principi di neutralità tecnologica, trasparenza, protezione dei dati personali e sicurezza informatica²². Inoltre, il nuovo modo di operare attraverso sistemi telematici deve tener conto altresì del principio *once only* (o dell'unicità dell'invio) di modo che ciascun dato deve essere fornito una sola volta a un solo sistema informativo e non può essere richiesto da altri sistemi o banche dati, ma deve essere reso disponibile dal sistema ricevente.

L'attuazione di tali principi presuppone la trasformazione della rete infrastrutturale e delle modalità di comunicazione tra le banche dati delle amministrazioni che devono quindi essere basate su sistemi di interconnessione e interoperabilità. Centrale a tal fine è la piattaforma PDND (Piattaforma Digitale Nazionale Dati) attraverso cui viene condiviso, tra i soggetti che hanno diritto ad accedervi, il patrimonio informativo detenuto dalle amministrazioni pubbliche per finalità istituzionali²³. In questo quadro, l'articolo 19 prevede che, nella gestione del ciclo di vita dei contratti pubblici, i dati e le informazioni devono essere resi fruibili in formato aperto e i titolari di banche dati devono adottare misure necessarie per assicurare l'accessibilità automatica a tali informazioni, salvo i limiti del diritto di accesso e della tutela della *privacy*.

2.2 La banca dati dei contratti pubblici e l'anagrafe degli operatori economici

Il nuovo sistema infrastrutturale, c.d. ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale, ha come asse portante la Banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP), istituita presso l'ANAC. Si tratta di un portale attraverso cui è possibile accedere a tutti i dati e le informazioni relative all'intero ciclo di vita del contratto, dalla programmazione all'esecuzione²⁴.

²² Tali principi sono stati introdotti nel nostro ordinamento dal decreto legislativo n. 82/2005 (Codice dell'Amministrazione digitale) per favorire lo scambio dei documenti digitali, nella pubblica amministrazione e con le imprese, e garantire così l'esercizio dei diritti di cittadinanza digitale.

²³ La creazione della Piattaforma Nazionale Dati fa parte delle misure contenute nel PNRR volte alla digitalizzazione, innovazione e sicurezza della PA (M1C.1); essa offre alle amministrazioni un catalogo centrale di API (Application Programming Interface) consultabili e accessibili ai soggetti abilitati ad operare sulla stessa.

²⁴ La BDNCP è stata istituita dall'articolo 62-bis del decreto legislativo n. 82/2005 (CAD). Essa raccoglie tutti i dati relativi ai contratti pubblici di qualsiasi importo e tipologia al fine di garantire la trasparenza e la tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi ad esse antecedenti e successive. La BDNCP è anche uno strumento centrale per svolgere le attività di monitoraggio e verifica dell'osservanza delle regole in un'ottica di tutela della legalità e corretto agire dell'amministrazione pubblica. Nel corso degli anni, la BDNCP è stata utilizzata anche come strumento di semplificazione per gli adempimenti amministrativi legati alla partecipazione alle procedure di aggiudicazione. Dal 1° gennaio 2013 infatti le stazioni appaltanti sono tenute a verificare il possesso dei requisiti di partecipazione esclusivamente mediante accesso alla BDNCP.

Al fine di valorizzare il patrimonio informativo, l'articolo 23 prevede un sistema di interoperabilità della BDNCP sia con le piattaforme digitali di approvvigionamento utilizzate dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti, sia con le banche dati esistenti presso le altre amministrazioni²⁵. I soggetti pubblici coinvolti nel ciclo di vita del contratto pubblico sono tenuti ad accreditarsi alla PDND e alla BDNCP nonché a sviluppare interfacce applicative e a rendere disponibili i propri dataset nel rispetto delle Linee guida dell'AGID in materia di interoperabilità²⁶. In tal modo, la BDNCP diventa lo strumento per adempiere agli obblighi di pubblicità previsti dal decreto legislativo n. 33/2013.

**BDNPC e
interoperabi-
lità tra le
piattaforme**

Le informazioni che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti sono tenuti a trasmettere alla BDNCP sono state individuate da ANAC con la delibera 261 del 20 giugno 2023²⁷. Il comma 5 dell'articolo 23 precisa che gli obblighi informativi sono previsti anche in caso di affidamenti *in house*.

Il corretto funzionamento dell'ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale è garantito da una serie di sanzioni applicabili in caso di omissione delle informazioni richieste, rifiuto o mancato compimento delle attività necessarie a realizzare l'interoperabilità delle banche dati. Il corretto e tempestivo adempimento degli obblighi di trasmissione dei dati rileva ai fini della valutazione della responsabilità dirigenziale e della performance.

Le sanzioni

Tra le varie sezioni di cui si compone la BDNCP²⁸; alle sezioni già esistenti l'articolo 31 aggiunge l'Anagrafe degli operatori economici che viene alimentata dai dati contenuti nel registro delle imprese e censisce gli operatori economici a qualunque titolo coinvolti nel ciclo di vita del contratto pubblico, nonché i soggetti, le persone fisiche e i titolari di cariche ad essi riferibili. Per gli operatori economici non tenuti all'iscrizione nel registro delle imprese (ad esempio le imprese straniere o i raggruppamenti temporanei di imprese), l'Anagrafe assume valore certificativo. I dati contenuti nell'Anagrafe sono resi disponibili a tutti i soggetti a vario titolo coinvolti nella gestione del ciclo di vita del contratto pubblico.

2.3 Il fascicolo virtuale dell'operatore economico

²⁵ In particolare, la BDNCP dovrà essere interoperabile con il Portale dei soggetti aggregatori, con la Piattaforma digitale nazionale dei dati e con la Piattaforma unica della trasparenza.

²⁶ Cfr. determinazione AGID 15 dicembre 2021 n. 627.

²⁷ La delibera n. 261/2023 rimanda a successivi provvedimenti l'indicazione delle informazioni da inserire nelle altre piattaforme di cui si compone la BDNCP.

²⁸ Le altre sezioni sono: l'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti (AUSA); la Piattaforma contratti pubblici (PCP); la Piattaforma per la pubblicità legale degli atti; il Fascicolo virtuale dell'operatore economico (FVOE) e il Casellario informatico.

Una specifica sezione della BDNCP è dedicata al fascicolo virtuale dell'operatore economico (FVOE) disciplinato dall'articolo 24 del Codice. Si tratta di una cartella digitale in cui sono raccolte, per ciascun operatore economico, tutte le informazioni, in possesso delle pubbliche amministrazioni, utili a verificare l'assenza dei motivi di esclusione e il possesso dei requisiti per partecipare alle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici²⁹. Il FVOE contiene anche i documenti relativi al possesso dei requisiti speciali (es. capacità economica finanziaria o tecnico professionale) che sono nella esclusiva disponibilità dell'operatore economico e che vengono inseriti direttamente dall'operatore economico.

**Aggiornamen
to
automatico
del FVOE**

L'interoperabilità tra le banche dati garantisce che i dati e i documenti inseriti nel FVOE siano automaticamente aggiornati, resi disponibili in tempo reale e utilizzabili in tutte le procedure di affidamento a cui partecipa l'operatore al quale si riferiscono³⁰. A tal fine l'ANAC assicura l'accessibilità al FVOE alle stazioni appaltanti, agli operatori economici e agli organismi di attestazione SOA, limitatamente ai dati di rispettiva competenza. Per ridurre i tempi del processo di verifica dei requisiti, l'ANAC può predisporre elenchi aggiornati di operatori economici già accertati e prevedere modalità di utilizzo degli accertamenti già effettuati, per gare diverse.

Con la delibera n. 262 del 20 giugno 2023, l'ANAC ha disciplinato il funzionamento del FVOE e le modalità per l'acquisizione delle informazioni in interoperabilità. L'accesso al FVOE avviene mediante le piattaforme di approvvigionamento digitale della stazione appaltante ed è consentito esclusivamente al soggetto abilitato, previa registrazione al servizio. Il sistema interroga le banche dati delle amministrazioni certificanti interconnesse, per il tramite della PDND, restituendo il relativo esito nel FVOE³¹. L'esito delle verifiche resta disponibile nel FVOE fino alla data di scadenza dei corrispondenti documenti oggetti di verifica. I documenti non più validi vengono aggiornati in occasione di una successiva richiesta di accesso da parte della stazione appaltante. I dati contenuti nel FVOE sono soggetti a un continuo aggiornamento in conseguenza della progressiva implementazione dei dati disponibili sulla PDND.

²⁹ La delibera ANAC n. 262/2023 individua i dati e le informazioni utili a dimostrare il possesso dei requisiti di partecipazione (All. I per le cause automatiche di esclusione, All. II per le cause non automatiche di esclusione, All. III e IV per i requisiti speciali).

³⁰ Per assicurare la messa a disposizione dei dati da parte delle amministrazioni competenti al rilascio delle certificazioni o delle informazioni, in caso di omissione o rifiuto è prevista l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria (da 10.000 a 100.000 euro).

³¹ Gli enti certificanti che non aderiscono alla PDND garantiscono l'acquisizione al FVOE dei dati e delle informazioni da loro detenute secondo le linee guida AGID per l'interoperabilità tra le pubbliche amministrazioni (delib. n. 627/2021).

2.4 Le piattaforme digitali di approvvigionamento

Nell'ecosistema nazionale di *e-procurement* rientrano anche le piattaforme di approvvigionamento digitale di cui tutte le stazioni appaltanti, entro il 1° gennaio 2024, devono dotarsi per assicurare la piena digitalizzazione dell'intero ciclo di vita del contratto pubblico³².

La piattaforma digitale deve essere interconnessa e interoperabile con la BDNCP. A tal fine essa deve possedere specifici requisiti tecnici e operare secondo regole comuni che sono state stabilite da AGID con la determinazione n. 137 del 1° giugno 2023³³.

Le piattaforme che rispettano tali requisiti sono certificate da AGID e possono essere connesse all'ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale. Tutte le piattaforme certificate sono inserite in un apposito registro gestito dall'ANAC.

**Regole
tecniche per
certificazione
AGID**

In particolare, le piattaforme digitali devono consentire la redazione e l'acquisizione di atti in formato nativo digitale, la pubblicazione e la trasmissione di dati e documenti alla BDNCP, l'accesso elettronico alla documentazione di gara, la presentazione delle offerte, la gestione del fascicolo di gara, il controllo dei contratti anche in fase di esecuzione.

Inoltre, esse non devono alterare la parità di accesso degli operatori economici, né impedire o limitare la partecipazione alla procedura. Pertanto, nel caso di comprovato malfunzionamento, anche temporaneo, delle piattaforme, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti devono garantire comunque la partecipazione alla gara, eventualmente prevedendo la sospensione del termine per la ricezione delle offerte.

La disponibilità di una propria piattaforma certificata è uno dei requisiti necessari perché la stazione appaltante ottenga la qualificazione.

³² Le stazioni appaltanti o gli enti concedenti non dotati di una propria piattaforma di approvvigionamento digitale possono avvalersi di quelle messe a disposizione da altre stazioni appaltanti o enti concedenti, centrali di committenza, Regioni o altri soggetti aggregatori.

³³ Le modalità procedurali e operative per richiedere la certificazione della piattaforma sono contenute nella determina AGID 25 settembre 2023, n. 218.

Nodi da sciogliere

Le norme del Codice sulla digitalizzazione sono perfettamente in linea con l'obiettivo di più ampio respiro del PNRR, ossia quello di realizzare, entro il 31 dicembre 2023, un sistema nazionale di e-procurement, volto a cogliere le opportunità che la tecnologia offre in termini di efficienza, rinnovando i rapporti tra amministrazioni pubbliche e operatori. Si tratta di un obiettivo altamente sfidante che richiede la massima e leale collaborazione tra le autorità coinvolte nella transizione digitale, onde evitare che la nuova disciplina dei contratti pubblici rischi di rimanere inattuata. Il processo di digitalizzazione impone la reingegnerizzazione di tutte le fasi del ciclo di vita del contratto - dal concept al certificato di regolare esecuzione – e, per ogni fase, la gestione dei flussi di dati e informazioni attraverso un ecosistema informatico, composto da applicazioni, piattaforme e dataset in grado di colloquiare tra loro. L'interconnessione tra banche dati e l'interoperabilità tra le piattaforme digitali per il tramite della PDND, nel rispetto del principio di neutralità tecnologica, sono quindi punti chiave della transizione digitale. L'intensa attività organizzativa propedeutica all'applicazione di molte disposizioni del Codice, la cui efficacia già in origine è stata posticipata rispetto alla operatività dell'intero asset normativo, e i tempi fortemente stringenti fanno sorgere dubbi sulla sua concreta operatività a partire dal 1° gennaio 2024. Lo sforzo, infatti che la pubblica amministrazione è chiamata a compiere in questo ultimo mese è estremamente significativo.

2.5 Sistemi dinamici di acquisizione, aste elettroniche e cataloghi elettronici

Per favorire la riduzione dei tempi di svolgimento della procedura e prevedere la concorrenza tra operatori economici il Codice consente di ricorrere a strumenti telematici, già previsti dalla disciplina precedente. Si tratta dei sistemi dinamici di acquisizione (articolo 32), delle aste elettroniche (articolo 33) e dei cataloghi elettronici (articoli 34)³⁴.

³⁴ In tutte e tre queste ipotesi, il Codice si limita sostanzialmente a una fedele trasposizione della disciplina previgente.

Il sistema dinamico di acquisizione è una procedura interamente elettronica utilizzabile per l'acquisto di beni e servizi di uso corrente generalmente disponibili sul mercato³⁵.

**Il sistema
dinamico di
acquisizione**

Il sistema dinamico di acquisizione è aperto, per tutta la durata della procedura, alla partecipazione di qualsiasi operatore economico che soddisfa i criteri di selezione.

Per l'aggiudicazione nell'ambito di un sistema dinamico di acquisizione si osservano le norme previste per la procedura ristretta. Pertanto, le stazioni appaltanti o gli enti concedenti dopo aver pubblicato un avviso di indizione di gara e ammesso al sistema tutti i candidati che soddisfano i criteri di selezione³⁶, invitano gli operatori economici a presentare un'offerta. L'appalto è aggiudicato, in seguito a un confronto competitivo tra gli operatori ammessi al sistema, all'offerente che ha presentato la migliore offerta sulla base dei criteri di aggiudicazione enunciati nei documenti di gara per l'istituzione del sistema dinamico di acquisizione.

L'unica novità introdotta dall'articolo 32 è la possibilità di stipulare accordi quadro in sede di aggiudicazione di appalti basati su un sistema dinamico di acquisizione.

Per quanto riguarda le aste elettroniche, esse non costituiscono una procedura autonoma e alternativa rispetto a quella tradizionale, ma rappresentano una fase eventuale della procedura di aggiudicazione che consente di ricevere, in via elettronica, le offerte di nuovi prezzi, modificati al ribasso, da parte dei concorrenti.

**Le aste
elettroniche**

L'asta elettronica è quindi una modalità di svolgimento della gara pubblica, che può essere utilizzata dalla stazione appaltante o ente concedente nelle procedure aperte, ristrette o competitive, con negoziazione o nelle procedure negoziate precedute da un'indizione di gara oppure in occasione della riapertura del confronto competitivo tra le parti di un accordo quadro o nell'ambito del sistema dinamico di acquisizione. Non è possibile ricorrere ad aste elettroniche nel caso di appalti di servizi e di lavori che hanno per oggetto prestazioni intellettuali oppure se le offerte non possono essere trattate in modo automatico (per es. quando non sono presentate in cifre o valori percentuali).

Prima di avviare un'asta elettronica la stazione appaltante o l'ente concedente verifica se le offerte ricevute sono conformi ai criteri di aggiudicazione stabiliti nella documentazione di gara. I partecipanti che hanno presentato offerte ammissibili sono invitati simultaneamente, per via elettronica, a presentare nuovi prezzi o nuovi valori. Nel corso dello svolgimento dell'asta, la stazione appaltante o ente concedente comunica in

³⁵ Da questo punto di vista si pone in senso opposto rispetto al dialogo competitivo a cui le stazioni appaltanti fanno ricorso quando non esistono sul mercato soluzioni utili a soddisfare le proprie esigenze.

³⁶ Nel sistema dinamico di acquisizione il numero dei candidati ammessi non può essere limitato.

tempo reale a tutti gli offerenti almeno le informazioni che consentono loro di conoscere in ogni momento la propria classificazione, senza rendere nota l'identità degli altri offerenti. L'asta elettronica è dichiarata conclusa alla data e all'ora preventivamente indicate oppure quando non si ricevono più nuovi prezzi o nuovi valori che rispondono alle esigenze degli scarti minimi. Conclusa l'asta, l'appalto è aggiudicato in funzione dei risultati conseguiti.

Rispetto alla normativa precedente, l'articolo 33 indica le informazioni che devono essere inserite nella documentazione di gara, riprendendo l'elenco dell'Allegato XII del decreto legislativo n. 50/2016.

I cataloghi elettronici

Infine, l'articolo 34 regola l'utilizzo dei cataloghi elettronici, in linea con la precedente disciplina. Si tratta in realtà di uno strumento che probabilmente verrà superato dall'utilizzo delle nuove tecnologie e dall'avvio dell'*e-procurement*. Il catalogo elettronico è infatti una modalità di presentazione delle offerte secondo un formato digitale comune e specifiche tecniche uniformi³⁷. La standardizzazione delle modalità di invio delle offerte consente alle stazioni appaltanti o enti concedenti di trattarle mediante strumenti informatici e quindi velocizzare la procedura di selezione.

3. L'ambito di applicazione del Codice

Il Codice si applica ai contratti conclusi tra la stazione appaltante o l'ente concedente e uno o più operatori economici aventi ad oggetto un appalto o una concessione³⁸ (articolo 13).

La portata applicativa del Codice è molto ampia: esso non solo disciplina le fasi precedenti alla stipula del contratto (programmazione, progettazione e aggiudicazione), tipiche dell'agire amministrativo, ma per alcuni profili si applica anche alla fase di esecuzione del contratto, rinviando alle disposizioni del codice civile per quanto non espressamente disciplinato.

³⁷ Il considerando 68 della direttiva 2014/24/UE definisce i cataloghi elettronici "un formato per la presentazione e organizzazione delle informazioni in un modo comune per tutti gli offerenti e che si presta al trattamento elettronico".

³⁸ L'appalto è un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di beni o la prestazione di servizi, mentre la concessione è un contratto in virtù del quale l'amministrazione affida l'esecuzione di lavori o la fornitura e la gestione di servizi a un operatore economico, il quale riceve come corrispettivo il diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo; cfr. Allegato I.1, articolo 2.

Dal punto di vista sostanziale, il Codice distingue tra contratti nei settori ordinari e contratti nei settori speciali³⁹, nonché tra contratti sopra la soglia europea e contratti sottosoglia.

Inoltre, nella Parte VII del Libro II (artt. 127-140) sono previste regole speciali per i contratti conclusi in particolari settori. Si tratta:

**Regole
speciali per
particolari
settori**

- dei servizi sociali e altri servizi assimilati elencati nell'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE;
- dei contratti nel settore dei beni culturali, ossia i contratti concernenti i beni culturali tutelati ai sensi del Codice dei beni culturali (decreto legislativo n. 42/2004) nonché relativi all'esecuzione di scavi archeologici, anche subacquei. Le disposizioni del Codice completano quelle previste da codice dei beni culturali e dal d. m. 22 agosto 2017, n. 154.
- dei servizi di ricerca e sviluppo elencati nell'allegato II.19 (es. servizi di laboratorio, progettazione e realizzazione di ricerca e sviluppo, studi di prefattibilità);
- degli appalti pre-commerciali, ovvero delle procedure di acquisto di servizi volti a realizzare beni non disponibili sul mercato e non ancora idonei all'uso commerciale;
- dei contratti nel settore della difesa e sicurezza: le disposizioni del Codice si applicano a tali contratti, ad eccezione di quelli che rientrano nell'ambito di applicazione del decreto legislativo n. 208/2011 e di quelli ai quali tale decreto non si applica;
- dei contratti secretati, cioè dei contratti non limitati al settore della difesa, ma relativi a tutte le amministrazioni, quando esigenze di segretezza consentono di derogare alle disposizioni del codice relative alle procedure di affidamento;
- delle procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile. Le procedure di affidamento sono considerate urgenti quando eventi di danno o di pericolo imprevisti o imprevedibili possono determinare un concreto pregiudizio alla pubblica e privata incolumità.

Sono esclusi dall'ambito di applicazione del Codice:

³⁹ I contratti dei settori speciali sono volti al soddisfacimento dei bisogni fondamentali dei cittadini e riguardano lo svolgimento di attività che non sono direttamente esposte alla concorrenza, ma in cui sussiste una concorrenza per il mercato. Si tratta dei settori relativi al gas, all'elettricità, all'acqua, ai trasporti e ai servizi postali. Per tali settori, ai quali la normativa europea dedica una specifica direttiva (direttiva 2014/25/UE), la disciplina è semplificata rispetto a quella ordinaria.

I contratti esclusi

- i contratti attivi, (cioè, i contratti che non producono spesa, ma da cui deriva un'entrata per la pubblica amministrazione), anche se offrono un'opportunità di guadagno indiretto;
- i contratti a titolo gratuito (cioè, i contratti in cui l'obbligo, la prestazione o il sacrificio economico gravano solo su una o alcune delle parti contraenti), anche nel caso di guadagno indiretto;
- i contratti esclusi indicati dalle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE. Ad essi non si applicano le regole sulle procedure ordinarie o speciali, ma solamente i principi generali dell'ordinamento europeo (economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica)⁴⁰;
- i contratti di società e le operazioni straordinarie che non comportano nuovi affidamenti di lavori, servizi e forniture. In questi casi, per la scelta del socio privato, si applicano le specifiche disposizioni previste dal decreto legislativo n. 175/2016;
- i contratti da svolgersi all'estero, per i quali sia la procedura di scelta del contraente sia l'esecuzione viene disciplinata da un regolamento del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale che sarà adottato sentita l'ANAC;
- i contratti riguardanti i progetti PNRR (articolo 225, comma 8). In questi casi continua ad applicarsi la disciplina speciale prevista dal decreto-legge n. 77/2021 e dal decreto-legge n. 13/2023 nonché le altre disposizioni legislative volte a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi⁴¹.

3.1 Le soglie di rilevanza europea

L'articolo 14 fissa le attuali soglie rilevanti ai fini dell'applicazione delle disposizioni del Codice⁴². Ai contratti di importo pari o superiore alla soglia si applicano le disposizioni che derivano dal recepimento delle direttive europee, mentre ai contratti di importo

⁴⁰ Tra le categorie escluse, la direttiva 2014/24 indica: i concorsi di progettazione organizzati in base delle norme internazionali, gli appalti tra enti nell'ambito del settore pubblico. La direttiva 2014/23/UE esclude tra l'altro: le concessioni aggiudicate sulla base di un diritto esclusivo, le concessioni aggiudicate a un'impresa collegata, quelle relative ad attività direttamente esposte alla concorrenza. La direttiva 2014/25 segnala in particolare: gli appalti aggiudicati per l'acquisto di acqua e per la fornitura di energia o di combustibili destinati alla produzione di energia o gli appalti concernenti aspetti di difesa e di sicurezza

⁴¹ Sulla disciplina speciale applicabile ai progetti PNRR cfr. circolare Assonime n. 38/2021 e news legislativa "Decreto PNRR: le principali semplificazioni introdotte dal nuovo decreto" del 9 marzo 2023, pubblicate sul sito Assonime.

⁴² Nella GUUE del 16 novembre 2023 sono state pubblicate le nuove soglie che si applicheranno dal 1° gennaio 2024.

inferiore alla soglia si applicano regole in parte diverse, in quanto questi contratti sono esclusi dall'ambito di applicazione delle direttive europee e la loro regolazione rientra nello spazio decisionale degli Stati membri.

Le soglie sono diverse a seconda che si tratti di un appalto di lavori, servizi o forniture oppure di una connessione, distinguendo inoltre tra contratti relativi ai settori ordinari e contratti dei settori speciali.

In particolare, nei settori ordinari esse sono determinate:

**Le soglie
nei settori
ordinari**

- per gli appalti di lavori e concessioni in 5.382.000 euro (5.538.000 per il 2024);
- per gli appalti di forniture e servizi, nonché per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle pubbliche amministrazioni centrali in 140.000 euro (143.000 per il 2024);
- per gli appalti di forniture e servizi, nonché per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle pubbliche amministrazioni diverse da quelle centrali in 215.000 euro (221.000 per il 2024);
- per gli appalti di servizi sociali e assimilati: 750.000 euro.

Nei settori speciali le soglie sono, invece, determinate:

**Le soglie
nei settori
speciali**

- per gli appalti di lavori in 5.382.000 euro (5.538.000 per il 2024);
- per gli appalti di forniture e servizi, nonché per i concorsi di progettazione in 431.000 euro (443.000 per il 2024);
- per i contratti di servizi, per i servizi sociali e assimilati in 1.000.000 euro

Le soglie sono periodicamente rideterminate con provvedimento della Commissione europea. È previsto il divieto del frazionamento artificioso volto a eludere l'applicazione delle norme codicistiche; pertanto, l'eventuale suddivisione in più contratti di minore importo deve essere giustificata da ragioni oggettive.

L'articolo 14 specifica vari metodi di calcolo, in relazione ai diversi tipi di appalto. La stima dell'importo dell'appalto deve essere effettuata al momento dell'invio dell'avviso di indizione della gara o del bando di gara; nel caso in cui non è prevista l'indizione della gara, il calcolo va effettuato al momento dell'avvio della procedura di affidamento.

3.2 I contratti sottosoglia

Nella Parte I del Libro II (artt. 48-55) sono contenute le disposizioni applicabili ai contratti sottosoglia che richiamano le misure di semplificazione introdotte con il decreto-legge n. 76/2020 e il decreto-legge n. 77/2021⁴³.

In linea generale, l'articolo 48 prevede che per l'affidamento e l'esecuzione dei contratti sottosoglia si applicano le disposizioni in materia di principi e digitalizzazione, nonché le altre disposizioni previste per i contratti sopra soglia, solo se espressamente previsto. Se però la stazione appaltante accerta l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, si applica il regime previsto per le procedure ordinarie sopra soglia nella sua interezza.

Il principio di rotazione

Al fine di tutelare la concorrenza e di evitare il consolidamento di situazioni di rendite di posizione, l'affidamento dei contratti sottosoglia avviene nel rispetto del principio di rotazione (articolo 49). Pertanto, è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nel caso in cui due commesse rientrino nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere o di servizi.

Il principio di rotazione non si applica nei casi di effettiva assenza di alternative o di accurata esecuzione del precedente contratto oppure qualora la struttura del mercato di riferimento lo giustifichi. Allo stesso modo il principio di rotazione non trova applicazione nei casi di affidamento del contratto con procedura negoziata senza bando se, all'esito dell'indagine di mercato, non è stato introdotto alcun limite al numero degli operatori da invitare. Infine, il principio di rotazione può essere derogato nel caso di affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro.

Le procedure di affidamento

L'affidamento dei contratti di importo inferiore alle soglie europee, da parte di stazioni appaltanti che decidono di non avvalersi di centrali di committenza o altre forme di aggregazione, avviene mediante ricorso all'affidamento diretto o alla procedura negoziata senza bando, a seconda dell'importo del contratto. Resta, tuttavia salva la possibilità per la stazione appaltante di ricorrere alle procedure ordinarie⁴⁴

⁴³ In un contesto di emergenza economica post Covid, il legislatore italiano ha favorito il ricorso a procedure di affidamento più veloci, ampliando la possibilità di utilizzare le procedure negoziate e l'affidamento diretto. Il nuovo Codice conferma sostanzialmente quest'approccio.

⁴⁴ La circolare del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 20 novembre 2023, n. 298 ha chiarito la portata applicativa dell'articolo 50. Pertanto, le disposizioni relative alle procedure del sottosoglia "vanno interpretate ed applicate nel solco dei principi e le regole della normativa di settore dell'Unione europea, che in particolare

Le procedure di affidamento per i contratti sottosoglia

- affidamento diretto
 - ✓ per i lavori di importo inferiore a 150.000 euro
 - ✓ per i servizi e le forniture inferiori a 140.000 euro
- procedura negoziata senza bando con consultazione di almeno 5 operatori economici
 - ✓ per i lavori di importo da 150.000 fino a 1 milione di euro
 - ✓ per i servizi e le forniture di importo da 140.000 euro fino alle soglie europee
- procedura negoziata senza bando con consultazione di almeno 10 operatori economici
 - ✓ per i lavori di importo da 1 milione di euro fino alle soglie europee, con possibilità di ricorrere, in alternativa, alle procedure di gara di cui agli articoli da 71 a 75

Nelle ipotesi di ricorso all'affidamento diretto, l'affidatario deve dimostrare di aver maturato un'esperienza adeguata alla buona esecuzione del contratto, anche se relativa ad ambiti non strettamente analoghi all'oggetto dell'affidamento.

Per i casi di procedura negoziata con previa consultazione di operatori economici, la selezione degli operatori da invitare deve essere effettuata tramite indagini di mercato o attraverso gli elenchi a tal fine predisposti dalla stazione appaltante o presenti nel mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni. La scelta degli operatori deve essere effettuata secondo criteri oggettivi e coerenti con l'oggetto dell'affidamento, nel rispetto dei principi di concorrenza, non discriminazione e trasparenza. Non può essere adottato il metodo del sorteggio o altri sistemi di estrazione casuale, salvo che situazioni particolari e specificatamente motivate non lo richiedano.

**Procedura
negoziata
con consulta-
zione di
operatori
economici**

In fase di presentazione dell'offerta non è necessario che questa sia corredata con le garanzie provvisorie, salvo che le particolari specificità della singola procedura (indicate nella decisione a contrarre o nell'avviso di indizione della procedura) ne giustifichino la

richiama gli Stati membri a prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di applicare le procedure aperte o ristrette, come disposto dalla direttiva 2014/24/UE".

richiesta. In tal caso la garanzia provvisoria non può superare l'1% del valore del contratto oggetto di affidamento.

L'aggiudicazione può avvenire secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa o del prezzo più basso. È prevista un'eccezione nel caso di contratti ad alta intensità di manodopera⁴⁵, rispetto ai quali, per evitare una concorrenza basata solamente sul costo del personale, l'unico criterio di aggiudicazione è l'offerta economicamente più vantaggiosa⁴⁶.

**Offerte
anomale**

Nei casi in cui il criterio di aggiudicazione sia il prezzo più basso, in deroga a quanto previsto per i contratti sopra soglia, è prevista l'esclusione automatica delle offerte che sulla base di un algoritmo matematico siano ritenute anomale. Negli atti di gara, la stazione appaltante deve indicare il metodo di calcolo della soglia di anomalia, scelto fra quelli previsti nell'Allegato II.2.

L'esclusione automatica opera in presenza di quattro condizioni:

- l'esclusione deve essere stata prevista negli atti di gara;
- il contratto riguardi lavori o servizi; l'esclusione automatica non si applica ai contratti di fornitura;
- il contratto non deve presentare un interesse transfrontaliero certo;
- alla procedura devono essere ammesse almeno cinque offerte.

Conclusa la procedura di aggiudicazione (anche nel caso di affidamento diretto), la stipulazione del contratto deve avvenire entro trenta giorni⁴⁷. Non si applicano quindi i termini dilatori, previsti per i contratti sopra soglia.

**Sottosoglia
nei settori
speciali**

Nel caso di contratti sottosoglia rientranti nei settori speciali, si applica la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti. Se i contratti hanno un interesse transfrontaliero certo o il soggetto opera in virtù di un diritto speciale o esclusivo, la disciplina prevista dai

⁴⁵ Sono definiti contratti ad alta intensità di manodopera i contratti nei quali il costo della manodopera è superiore al 50% dell'importo complessivo (articolo 2, comma 1, lett. d) Allegato I.1).

⁴⁶ Questa previsione richiama la normativa già prevista dal decreto sblocca cantieri (decreto legge n. 32/2019) e dal decreto semplificazioni (decreto-legge n. 76/2020).

⁴⁷ Per i contratti sopra soglia è previsto un periodo di stand still della durata di 35 giorni dall'aggiudicazione al fine di garantire una piena tutela giurisdizionale. Per i contratti sottosoglia, la precedente normativa prevedeva il periodo di stand still solo per le procedure negoziate, mentre esso era escluso nel caso di affidamento diretto.

regolamenti di settore deve essere conforme ai principi del trattato dell'Unione europea sulla tutela della concorrenza.

Per gli affidamenti diretti di contratti di importo inferiore a 40.000 euro, il possesso dei requisiti richiesti all'operatore economico è attestato mediante dichiarazione sostitutiva di atti di notorietà. La stazione appaltante verifica le dichiarazioni, anche previo sorteggio di un campione. Se la verifica non conferma il possesso dei requisiti, si procede alla risoluzione del contratto, all'escussione dell'eventuale garanzia di esecuzione, alla comunicazione all'ANAC e alla sospensione dell'operatore economico dalla partecipazione alle procedure di affidamento indette dalla stessa stazione appaltante per un periodo di 12 mesi.

La trasparenza delle operazioni svolte dalla stazione appaltante è garantita mediante la pubblicazione dei bandi, degli avvisi pre-informazione, dell'elenco dei soggetti invitati e dell'avviso di aggiudicazione sulla BDNCP e sul sito istituzionale della stazione appaltante o ente concedente.

**Obblighi
informativi**

4. La qualificazione delle stazioni appaltanti

Per l'affidamento dei contratti di appalto di lavori, servizi e forniture, la stazione appaltante può operare per sé oppure in favore di altre stazioni appaltanti, assumendo, in quest'ultimo caso, il ruolo di centrale di committenza.

Nel caso di procedure di aggiudicazione complesse, questa facoltà diventa un obbligo, per cui per potere effettuare direttamente gli affidamenti di specifici lavori, servizi o forniture è necessario che la stazione appaltante sia qualificata. In mancanza della qualificazione, queste devono ricorrere necessariamente agli strumenti messi a disposizione da altre stazioni appaltanti qualificate oppure all'attività ausiliaria di soggetti aggregatori.

La qualificazione delle stazioni appaltanti è un sistema che attesta le capacità di gestione delle attività che caratterizzano il processo di affidamento di lavori, servizi o forniture. Esso ha lo scopo da un lato di ridurre il numero delle stazioni appaltanti, al fine di ottenere i benefici di una minore frammentazione della domanda, e dall'altro di aumentare la professionalizzazione, superando gli svantaggi derivanti dalle asimmetrie informative.

La qualificazione delle stazioni appaltanti, pur essendo già presente nel decreto legislativo n. 50/2016, non è stata attuata. Il nuovo Codice ha invece fissato al 1° luglio 2023 la data di avvio del meccanismo di qualificazione, definendo agli articoli 62 e 63

nonché nell'allegato II.4 l'ambito di applicazione e le modalità operative del sistema. Sono escluse dal requisito di qualificazione le imprese pubbliche e le società che operano nei settori speciali. Per esse possono tuttavia essere previsti particolari criteri di qualificazione e specifiche regole di iscrizione all'elenco ANAC.

**Le soglie per
la qualifica-
zione**

L'articolo 62 introduce un meccanismo di qualificazione basato sulla fissazione di un tetto al di sopra del quale solo le stazioni appaltanti qualificate possono effettuare direttamente gli affidamenti. In particolare, la qualificazione è necessaria per procedere all'acquisizione di lavori di valore superiore a 500.000 euro oppure di beni e servizi di importo superiore a 140.000 euro.

Per ottenere la qualificazione, le stazioni appaltanti devono presentare domanda di iscrizione all'elenco detenuto da ANAC e trasmettere le informazioni e i dati che accertino il possesso dei requisiti previsti. Sulla base delle informazioni trasmesse e verificate, l'Autorità attribuisce il livello di qualificazione per la progettazione e l'affidamento oppure per l'esecuzione. Esso ha una durata di due anni; al termine del quale il livello di qualificazione deve essere aggiornato. In caso di dichiarazioni fuorvianti o non veritiere⁴⁸, l'ANAC può irrogare una sanzione da 500.000 a 1 milione di euro e, nei casi più gravi, può disporre la sospensione della qualificazione precedentemente ottenuta.

Alcuni soggetti sono iscritti di diritto nella sezione delle stazioni appaltanti qualificate⁴⁹, altri sono stati qualificati con riserva, fino al 30 giugno 2024, al fine di evitare rallentamenti nell'espletamento delle procedure dovuti all'introduzione del nuovo sistema di qualificazione⁵⁰.

⁴⁸ Per esempio, una dichiarazione circa la presenza di personale addetto alla struttura organizzativa stabile che di fatto è impegnato in altre attività o la mancata comunicazione all'ANAC della perdita dei requisiti.

⁴⁹ Si tratta del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, compresi i provveditorati interregionali per le opere pubbliche, Consip spa, Invitalia spa, Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa spa, difesa servizi spa, agenzia del demanio, le centrali di committenza regionali, sport e salute spa. Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentita l'ANAC, previa intesa con la Conferenza unificata possono essere disposte ulteriori qualificazioni di diritto.

⁵⁰ In base ai dati aggiornati al 6 novembre 2023, le stazioni appaltanti che hanno conseguito la qualificazione sono complessivamente 3.370 di cui 2.864 si sono qualificate sulla base del possesso dei requisiti previsti dall'Allegato II.4 mentre 506 hanno ottenuto la qualificazione con riserva. Hanno ottenuto la qualificazione circa la metà dei soggetti richiedenti.

Tavola di Sintesi – Contratti di Lavori (settori ordinari)

Soglie	Procedure	Qualificazione
> 5.382.000 euro	Procedure competitive (artt.71-75)	SI
Da 1 mln a 5.382.000 euro	Procedura negoziata senza bando con consultazione di 10 operatori o altre procedure competitive (artt. 71-75)	SI
Da 150.000 fino a 1 mln euro	Procedura negoziata senza bando con consultazione di 5 operatori (o altre procedure competitive)	SI (da 1 mln a 500.000)
< 150.000 euro	Affidamento diretto (o procedure competitive)	NO

Tavola di Sintesi – Contratti di forniture e servizi (settori ordinari)

Soglie	Procedure	Qualificazione
> 215.000 (amministrazioni sub-centrali)	Procedure competitive (artt. 71-75)	SI
Da 215.000 a 140.000 (amministrazioni sub-centrali)	Procedura negoziata senza bando con consultazione 5 operatori (o altre Procedure competitive)	SI

>140.000 euro (amministrazioni centrali)	Procedure competitive (artt. 71-75)	SI
< 140.000 euro	Affidamento diretto (o procedure competitive)	NO

Tavola di sintesi – Settori Speciali

Soglie	Procedure	Qualificazione
> 5.382.000 (lavori)	Procedure competitive come regolate dagli artt. 155 e ss.	SI amministrazioni aggiudicatrici NO imprese pubbliche e titolari diritti esclusivi
< 5.382.000 (lavori)	Procedure indicate dai propri regolamenti	SI amministrazioni aggiudicatrici NO imprese pubbliche e titolari diritti esclusivi
> 431.000 euro (forniture e servizi)	Procedure competitive come regolate dagli artt. 155 e ss.	SI amministrazioni aggiudicatrici NO imprese pubbliche e titolari diritti esclusivi
< 431.000	Procedure indicate dai propri regolamenti	NO

4.1 La richiesta di qualificazione

Il Codice prevede tre livelli di qualificazione a seconda dell'importo dell'affidamento:

**I livelli di
qualificazione**

- la qualificazione di primo livello riguarda i servizi e le forniture fino a 750.000 euro e i lavori fino a 1 milione di euro; raggiungibile ottenendo 30 punti;
- la qualificazione di secondo livello, raggiungibile con 40 punti, consente di svolgere procedure per l'affidamento di contratti di importo fino a 5 milione di euro per i servizi e le forniture e fino alla soglia europea (5 milioni e 382 mila euro per i lavori);
- la qualificazione di terzo livello non ha limiti di importo e richiede 50 punti.

La qualificazione può avere ad oggetto: la capacità di progettazione, la capacità di affidamento e di controllo dell'intera procedura o la capacità di esecuzione, compresi il collaudo e la messa in opera.

La qualificazione con riserva garantisce il conseguimento del livello più alto, cioè quello che dà diritto a svolgere procedure di aggiudicazione e ad eseguire contratti senza limiti di importo.

I requisiti di qualificazione sono indicati nell'allegato II.4 e riguardano:

- l'organizzazione della funzione di spesa e dei processi;
- la consistenza, l'esperienza e la competenza delle risorse umane, incluso il reclutamento e l'adeguata formazione del personale;
- l'esperienza maturata nell'attività di progettazione, affidamento ed esecuzione di contratti, compreso l'utilizzo di strumenti di gestione informativa delle costruzioni.

Qualificazione per progettazione e affidamento di lavori:

requisiti obbligatori

- iscrizione AUSA;
- ufficio o struttura stabilmente dedicata alla progettazione o affidamento di lavori;
- piattaforma di approvvigionamento digitale (a partire da 1° gennaio 2024).

requisiti premianti

- presenza di dipendenti con specifiche competenze in materia di contratti pubblici;

- sistema di formazione e aggiornamento personale;
- numero di gare di importo superiore a 500 mila euro svolte nel quinquennio precedente al 31 dicembre 2022;
- assolvimento degli obblighi di comunicazione dei dati sui contratti pubblici che alimentano le banche dati di ANAC;
- assolvimento degli obblighi di comunicazione dei dati anagrafici, finanziari, fisici e procedurali relativi alle opere pubbliche ex artt. 1 e 2 del d.lgs. n. 229/2011.

Qualificazione per progettazione e affidamento di servizi e forniture:

requisiti obbligatori

- iscrizione AUSA;
- ufficio o struttura stabilmente dedicata alla progettazione o affidamento di servizi e forniture;
- piattaforma di approvvigionamento digitale (a partire da 1° gennaio 2024).

requisiti premianti

- presenza di dipendenti con specifiche competenze in materia di contratti pubblici;
- sistema di formazione e aggiornamento personale;
- numero di gare di importo superiore alla soglia europea svolte nel quinquennio precedente al 31 dicembre 2022;
- assolvimento degli obblighi di comunicazione dei dati sui contratti pubblici che alimentano le banche dati di ANAC.

Qualificazione per l'esecuzione di lavori, servizi o forniture

Se già qualificate per la progettazione e l'affidamento:

- fino al 31 dicembre 2024 sono qualificate anche per l'esecuzione dei contratti relativi al livello di qualifica superiore;
- dal 1° gennaio 2025, per eseguire i contratti per i livelli superiori a quelli di qualifica occorre, nei cinque anni precedenti la domanda di qualificazione aver:
 - rispettato i tempi previsti per i pagamenti di imprese e fornitori;
 - assolto gli obblighi di comunicazione dei dati sui contratti pubblici che alimentano le banche dati dell'ANAC;

- assolto gli obblighi di comunicazione dei dati ex articolo 1 e 2 del d.lgs. n. 229/2011.

Se non qualificate per la progettazione e l'affidamento:

- fino al 31 dicembre 2024 possono eseguire i contratti se sono iscritte all'AUSA e sono in possesso di una figura tecnica che sia in grado di svolgere le funzioni di RUP;
- dal 1° gennaio 2025, per eseguire i contratti occorre:
 - la presenza di dipendenti aventi specifiche competenze in materia di contratti pubblici e sistemi digitali;
 - un sistema di formazione e aggiornamento del personale;
 - aver eseguito contratti nei cinque anni precedenti la domanda di qualificazione;
 - aver rispettato i tempi previsti per i pagamenti di imprese e fornitori;
 - aver assolto gli obblighi di comunicazione dei dati sui contratti pubblici che alimentano le banche dati dell'ANAC;
 - aver assolto gli obblighi di comunicazione dei dati ex articoli 1 e 2 del d. lgs. n. 229/2011.

Nel caso di mancato raggiungimento della qualificazione necessaria allo svolgimento della procedura, le stazioni appaltanti devono presentare una domanda di richiesta di ausilio a una stazione appaltante o centrale di committenza qualificata tra quelle iscritte nell'elenco dell'ANAC. La domanda si intende accolta se la richiedente non riceve risposta negativa entro dieci giorni. In caso di risposta negativa, la stazione appaltante non qualificata chiede ad ANAC l'assegnazione d'ufficio di una stazione appaltante o centrale di committenza qualificata. In caso di rifiuto, ANAC applica al soggetto inadempiente una sanzione che va da 500.000 a 1 milione di euro.

**La richiesta
di ausilio**

Le stazioni appaltanti o centrali di committenza che svolgono attività ausiliaria per conto di un soggetto non qualificato sono direttamente responsabili per le attività svolte. A tal fine esse nominano un RUP che cura i rapporti con la stazione appaltante beneficiaria dell'intervento, la quale a sua volta nomina un responsabile del procedimento per le attività di propria pertinenza.

Più stazioni appaltanti possono decidere di svolgere congiuntamente una o più fasi della procedura di affidamento o di esecuzione di un appalto, purché almeno una di esse sia qualificata in rapporto al valore del contratto.

Nodi da sciogliere

Il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti costituisce uno degli asset portanti della nuova disciplina dei contratti pubblici la cui piena attuazione è presupposto per il suo effettivo successo. La previsione di un processo di qualificazione e di centralizzazione della domanda pubblica risponde, inoltre, all'esigenza – da tempo avvertita e precisata nei criteri di delega⁵¹ – di ridurre il numero delle stazioni appaltanti, non solo al fine di razionalizzare la spesa pubblica, ma anche per rendere il sistema degli approvvigionamenti pubblici qualitativamente più efficiente, in linea con la realizzazione del principio del risultato.

In questa direzione sembrerebbero muovere le disposizioni del Codice previste dagli articoli 62 e 63 che delineano un processo di qualificazione proporzionato in base agli importi degli affidamenti e basato non più soltanto su parametri quantitativi o dimensionali, bensì su criteri di competenza, professionalità e capacità tecnica delle amministrazioni. Al riguardo è, tuttavia, da segnalare come le soglie al di sopra delle quali si richiede obbligatoriamente la qualificazione (contratti di lavori per importi superiori a 500.000 euro e contratti di forniture e servizi per importi superiori a 140.000 euro), appaiano elevate e rischiano di ostacolare la realizzazione degli obiettivi perseguiti, sfavorendo le aggregazioni e la riduzione del numero delle stazioni appaltanti⁵².

Anche i requisiti richiesti per la qualificazione non sembrano pienamente soddisfare l'esigenza di garantire una effettiva professionalizzazione e specializzazione della stazione appaltante nella gestione del sistema degli affidamenti pubblici. L'allegato II.4, che richiama le regole definite nella delibera ANAC 28 settembre 2022, n. 441, fa riferimento, infatti, principalmente a requisiti di tipo formale che non garantiscono che le stazioni appaltanti abbiano effettivamente le competenze necessarie a gestire le procedure per le quali intendono qualificarsi. Al riguardo, sarebbe ad esempio

⁵¹ V. articolo 1, comma 1, lettera c, legge n. 78/2022.

⁵² Sebbene secondo i dati ANAC aggiornati al 6 novembre 2023 (disponibili sul sito <https://www.anticorruzione.it/-/qualificazione-delle-stazioni-appaltanti-e-delle-centrali-di-committenza-dati-aggiornati-al-6-novembre-2023>) risultino 3.370 stazioni appaltanti qualificate e centrali di committenza.

opportuno considerare non solo il numero delle procedure svolte, ma anche il risultato in termini di buona riuscita, così come sarebbe opportuno misurare con maggiore dettaglio l'effettiva competenza del personale dedicato alla gestione delle procedure di appalto.

È da notare come gli stessi requisiti premianti costituiscano elementi imprescindibili per un'effettiva qualificazione e come tali dovrebbero essere previsti come obbligatori. In particolare, andrebbe sempre assicurata la presenza di personale con specifiche competenze digitali, al fine di realizzare pienamente l'obiettivo della trasformazione digitale della pubblica amministrazione e della digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici.

5. I requisiti dell'operatore economico

L'operatore economico che intende partecipare a una procedura di aggiudicazione deve possedere specifici requisiti sia di ordine generale (relativi alla sua situazione soggettiva) sia di ordine speciale (relativi alla sua capacità tecnica-professionale ed economica-finanziaria).

La mancanza di tali requisiti è causa di esclusione dalla partecipazione alla procedura o dall'aggiudicazione del contratto.

La verifica dell'assenza di cause di esclusione e dei requisiti speciali di partecipazione è effettuata dalla stazione appaltante attraverso la consultazione del fascicolo virtuale dell'operatore economico, alimentato tramite l'interoperabilità con la PDND e l'inserimento dei documenti dell'operatore economico (articolo 99).

**Verifica dei
requisiti
attraverso
il FVOE**

In virtù del rispetto del principio *once only*, non è possibile richiedere documenti che comprovano il possesso dei requisiti, se questi sono presenti nel fascicolo virtuale o sono nella disponibilità della stazione appaltante (per effetto di una precedente aggiudicazione o accordo quadro o perché acquisibili tramite la piattaforma digitale nazionale dei dati).

5.1 I requisiti generali

La disciplina dei requisiti generali è stata innovata sia sul piano formale, sia su quello sostanziale.

Da un punto di vista formale, il Codice dedica ai requisiti generali un intero capo del Libro II, composto da cinque articoli che derivano dalla suddivisione in più disposizioni delle

**Le novità
formali**

previsioni contenute nell'articolo 80 del decreto legislativo n. 50/2016. Al fine di ridurre le incertezze interpretative e limitare il contenzioso⁵³, il legislatore ha compiuto un'opera di razionalizzazione della normativa, dedicando una specifica disposizione per ogni aspetto relativo: i) alle cause di esclusione automatica (articolo 94); ii) alle cause di esclusione non automatica (articolo 95); iii) alla disciplina dell'esclusione (articolo 96); iv) alle cause di esclusione dei partecipanti a raggruppamenti (articolo 97); v) all'illecito professionale grave (articolo 98).

Da un punto di vista sostanziale, la nuova disciplina, in attuazione dei principi del risultato e della fiducia, definisce più chiaramente il ruolo della stazione appaltante ai fini della rilevanza, in concreto, delle cause di esclusione. In particolare, per le cause di esclusione non automatica, alla stazione appaltante spetta il compito di verificare se e in che misura esse incidono sull'affidabilità e sull'integrità morale dell'operatore economico, al punto da pregiudicare e compromettere la regolare esecuzione del contratto. A tal fine la stazione appaltante dovrà valutare altresì l'efficacia delle eventuali misure di *self-cleaning* adottate dall'operatore economico.

Il Codice, inoltre, in coerenza con il consolidato indirizzo della giurisprudenza amministrativa⁵⁴, ribadisce il principio secondo cui i requisiti devono essere posseduti non solo al momento della presentazione della domanda, ma per tutta la durata della procedura estendendoli anche alla fase di esecuzione del contratto, senza soluzione di continuità. Pertanto, le stazioni appaltanti sono tenute ad escludere l'operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora questi risulti privo dei requisiti richiesti⁵⁵.

5.2 Le cause di esclusione automatica

L'articolo 94 del Codice disciplina le cause di esclusione automatica riprendendo in larga misura le previsioni dell'articolo 80, commi da 1a a 4 del decreto legislativo n. 50/2016, con alcuni profili di novità. Tali cause di esclusione operano di diritto, senza alcun margine di discrezionalità⁵⁶ da parte della stazione appaltante. Esse sono riconducibili a due categorie:

⁵³ Secondo la Relazione illustrativa al decreto, l'articolo 80 del d.lgs. 50/2016, costituisce la disposizione sulla quale si è concentrata la maggior parte del contenzioso in materia di contratti pubblici.

⁵⁴ Tra le altre v. sentenza Consiglio di Stato 6 ottobre 2022, n. 8558.

⁵⁵ V. art. 96 comma 1 del Codice.

⁵⁶ Salvo quanto previsto dall'art. 96 comma 6 (su cui v. infra).

- le condanne con sentenza definitiva o decreto irrevocabile per alcuni tipi di reati tassativamente indicati dal Codice⁵⁷, nonché le misure di prevenzione e interdittive antimafia previste dal decreto legislativo n. 159/2011 (cd. Codice Antimafia)⁵⁸. Rispetto alla disciplina previgente, ai fini dell'esclusione non rileva più la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti (cd. patteggiamento)⁵⁹. Con riguardo alle misure interdittive antimafia⁶⁰ il Codice stabilisce, invece, che esse non operano come causa di esclusione, se l'impresa è stata ammessa all'istituto del controllo giudiziario, previsto dall'articolo 34 bis del Codice Antimafia⁶¹. Il controllo giudiziario viene quindi considerato dal Codice una misura di *self-cleaning* idonea a garantire l'affidabilità dell'operatore economico e ad evitare l'esclusione dalle gare, realizzando un adeguato bilanciamento tra esigenze di legalità, prosecuzione dell'attività aziendale e principio del risultato. Affinché il controllo giudiziario possa rendere la causa di esclusione non operativa, esso deve essere

⁵⁷ Tra cui, in particolare, reati di associazione a delinquere semplice e associazione a delinquere di stampo mafioso, nonché quella finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti; gravi reati contro la pubblica amministrazione quali ad esempio, corruzione e concussione; false comunicazioni sociali; frode agli interessi finanziari delle Comunità europee; delitti consumati o tentati commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale e di eversione dell'ordine costituzionale; riciclaggio e finanziamento dell'attività terroristica; reati riguardanti la riduzione in schiavitù e il lavoro minorile; qualunque altro delitto dal quale derivi, come pena accessoria l'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione. Per espressa previsione del comma 7 dell'articolo 94, in ogni caso, l'esclusione non opera quando il reato è stato depenalizzato oppure quando è intervenuta la riabilitazione, oppure nei casi di condanna a pena accessoria perpetua questa sia stata dichiarata estinta, oppure quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna o in caso di revoca della stessa.

⁵⁸ In particolare, costituisce motivo di esclusione la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o divieto previste dall'articolo 67 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, ovvero di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84, comma 4 dello stesso Codice.

⁵⁹ Tale modifica si pone in linea con la riforma del processo penale (cd. Riforma Cartabia) che ha ridotto significativamente la rilevanza extra-penale del patteggiamento, prevedendone l'impossibilità di equiparazione alla sentenza di condanna al di fuori del processo penale, salvo il caso in cui sia stata comminata una pena accessoria. Il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, infatti, ha modificato il comma 1 bis dell'art. 445 c.p.p., prevedendo che "se non sono applicate pene accessorie, non producono effetti le disposizioni di leggi, diverse da quella penale, che equiparano la sentenza prevista dall'art. 444 comma 2, c. p. p. alla sentenza di condanna". Dal tenore testuale della disposizione si ricava pertanto che, salvo il caso di applicazione di pene accessorie, tutte le norme non qualificabili come penali, nelle quali la sentenza resa ex art. 444 c.p.p. è equiparata alla sentenza di condanna, non trovano più applicazione a far data dall'entrata in vigore della riforma Cartabia.

⁶⁰ Ex art. 84, comma 4 del d.lgs. 159/2011.

⁶¹ Attraverso tale istituto, l'impresa sottoposta a misura interdittiva può ottenerne, a determinate condizioni, la sospensione degli effetti, chiedendo al Tribunale di essere ammessa ad un percorso che persegue l'obiettivo di adottare ogni tipo di iniziativa finalizzata a prevenire il rischio di tentativi di infiltrazione mafiosa (tra cui anche l'adozione e l'efficace attuazione di un modello organizzativo ex decreto 231/2001), mantenendo la gestione in capo ai titolari dell'impresa, sotto il controllo dell'autorità giudiziaria.

disposto dal Tribunale entro la data dell'aggiudicazione. La richiesta di controllo giudiziario non è tuttavia causa di sospensione della procedura di aggiudicazione;

**Ulteriori
cause di
esclusione
automatica**

- ulteriori cause che, pur non presentando rilievo penale, incidono sulla moralità e affidabilità dell'operatore economico. Esse sono:
 - la sanzione interdittiva del divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, prevista dal decreto legislativo n. 231/2001⁶², o di altra sanzione che comporti analogo divieto⁶³;
 - l'omessa certificazione del rispetto delle norme sul diritto al lavoro dei disabili⁶⁴;
 - la mancata presentazione del rapporto sulla situazione del personale o inosservanza dei termini, per gli appalti PNRR⁶⁵;
 - l'apertura di procedure concorsuali, tra cui in particolare la liquidazione giudiziale, la liquidazione coatta e il concordato preventivo, salvo quanto previsto dall'articolo 95 del decreto legislativo n. 14/2019, nonché dall'articolo 186 bis comma 5 della legge fallimentare e dall'articolo 124 del Codice (su cui v. infra);
 - l'iscrizione nel casellario informatico dell'ANAC per false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e nei subappalti, nonché quelle finalizzate a ottenere il rilascio dell'attestazione di qualificazione;
 - le irregolarità fiscali e contributive di natura grave e definitivamente accertate, secondo quanto specificato nell'Allegato II.10 al Codice che, in relazione alla definizione di "gravità" e "definitività" delle violazioni, riproduce le disposizioni del decreto ministeriale 22 settembre 2022. Tale causa di esclusione non opera in caso di estinzione del debito tributario o previdenziale, oppure quando l'operatore economico abbia adempiuto o si sia impegnato in modo vincolante al pagamento del debito anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione dell'offerta.

⁶² V. art. 9, comma 2, lett. c) del decreto legislativo n. 231/2001.

⁶³ Inclusi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 14 del decreto legislativo n. 81/2008.

⁶⁴ Articolo 17, legge n. 68/1999.

⁶⁵ V. art. 47, comma 2 del decreto-legge n. 77/2021.

Con riguardo alla prima categoria di cause (condanne per reati e interdittive antimafia), l'esclusione è disposta dalla stazione appaltante se il provvedimento penale è stato emesso nei confronti dell'operatore economico (per i reati previsti dal decreto legislativo n. 231/2001), nonché di tutti quei soggetti che hanno il potere di rappresentanza, decisione o controllo del candidato offerente⁶⁶. Su questo punto, un elemento innovativo del Codice è quello di aver compreso, tra i soggetti rilevanti ai fini della verifica di esclusione, l'amministratore di fatto. L'ampliamento è in linea con la giurisprudenza prevalente⁶⁷ che giustifica il riferimento dei requisiti generali anche all'amministratore di fatto in quanto questi, pur senza essere investito da un atto di nomina formale, assume in modo continuativo decisioni che 'di fatto' determinano e condizionano l'attività della società. È stato inoltre chiarito che la verifica della sussistenza delle cause di esclusione va effettuata anche nei confronti del socio persona giuridica e specificatamente nei confronti dei soli amministratori, non anche dei soggetti che ricoprono posizioni apicali. Rispetto alla disciplina previgente è stata invece eliminata sia la verifica del possesso dei requisiti generali nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara sia nei confronti del socio di maggioranza in società con un numero pari o inferiore a quattro. Tale soppressione può infatti ritenersi compensata dalla previsione che ha esteso la verifica all'amministratore di fatto.

Le altre cause di esclusione vanno invece verificate esclusivamente nei confronti dell'operatore economico.

Focus 1 - Appalti e procedure concorsuali

La disciplina degli affidamenti pubblici nell'ambito delle procedure concorsuali ha subito nel tempo una profonda evoluzione, volta a favorire la prosecuzione dei contratti con la pubblica amministrazione e la partecipazione a nuove gare, anche alle imprese in crisi o insolventi.

⁶⁶ Tra cui in particolare: i) il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; ii) il socio amministratore o il direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; iii) i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; iv) i membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi gli institori e i procuratori generali; v) i componenti degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o i soggetti muniti di poteri di rappresentanza, direzione e controllo; vi) il direttore tecnico o il socio unico. Nel caso in cui, infine, il socio sia una persona giuridica, l'esclusione va disposta se la sentenza o la misura antimafia è stata emessa nei confronti degli amministratori di quest'ultima.

⁶⁷ V. Consiglio di Stato 3 febbraio 2022, n. 768 e Consiglio di Stato 27 novembre 2020, n. 7471.

Tale evoluzione⁶⁸ – che si completa oggi con il coordinamento tra il Codice della crisi (art. 95) e le disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici (v. art. 91 e 124) – si collega alla progressiva affermazione, a partire dalla prima riforma della legge fallimentare, di una nuova concezione della crisi come parte del rischio imprenditoriale, e all'introduzione di nuovi strumenti diretti a preservare la continuità aziendale. In questo contesto, l'interazione tra la disciplina concorsuale e quella amministrativa dei contratti pubblici assume una rilevanza centrale sia per il buon funzionamento degli istituti a tutela della salvaguardia dell'attività dell'impresa in crisi, sia per l'interesse della pubblica amministrazione alla regolare esecuzione del contratto e alla realizzazione dell'opera pubblica o alla fornitura dei beni e dei servizi.

Fermo restando che essere soggetto a procedura concorsuale è causa di esclusione automatica dalla partecipazione a una procedura di gara, l'articolo 124 del Codice dei contratti pubblici disciplina, apportandovi importanti novità rispetto alla normativa precedente, il caso in cui la procedura concorsuale si verifica dopo l'aggiudicazione del contratto. In queste ipotesi la stazione appaltante ha l'obbligo di interpellare i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara per stipulare un nuovo contratto, se tecnicamente ed economicamente possibile.

Per gli appalti di lavori per la realizzazione di opere pubbliche di importo superiore alle soglie europee e di servizi e forniture di importo pari o superiore a 1 milione di euro, viene introdotto un regime speciale. In questi casi la stazione appaltante deve acquisire il parere del collegio consultivo tecnico sull'opportunità della prosecuzione del contratto con la stessa impresa in procedura, nonché sulle eventuali alternative percorribili (per es. esecuzione in via diretta dei lavori; interpello degli altri partecipanti alla gara; nuova procedura; nomina di un commissario straordinario)⁶⁹.

Un aspetto innovativo della disciplina riguarda l'ipotesi in cui la liquidazione giudiziarica interviene dopo il provvedimento di aggiudicazione. Nella disciplina previgente tale circostanza comportava automaticamente la decadenza dall'aggiudicazione. Il nuovo Codice, invece – pur confermando l'esclusione dalla gara in corso e il divieto di partecipare a nuove gare per l'impresa in fallimento/liquidazione giudiziarica – consente al curatore autorizzato all'esercizio provvisorio dell'impresa, di stipulare il contratto, previa autorizzazione del giudice delegato, se l'aggiudicazione è intervenuta prima della dichiarazione della liquidazione giudiziarica. L'obiettivo della norma è tutelare l'aspettativa della curatela alla stipula di un contratto aggiudicato quando l'impresa era

⁶⁸ Per un esame completo si rinvia a circolare Assonime n. 22/2019.

⁶⁹ V. art. 216, cui rinvia l'art. 124, comma 3 del Codice.

ancora in bonis, in funzione della tutela del patrimonio dell'impresa e delle ragioni dei creditori che su quel contratto avevano riposto un affidamento per la soddisfazione del proprio credito.

Un'altra innovazione contenuta nella nuova disciplina è la soppressione della previsione per la quale le imprese non ancora ammesse al concordato (dopo la presentazione della domanda) dovevano presentare un contratto di avvalimento rinforzato che costituiva condizione necessaria per la partecipazione alla gara. Contestualmente è stata eliminata la disposizione che attribuiva ad ANAC la possibilità di richiedere la condizione dell'avvalimento rafforzato, nel caso in cui l'impresa non fosse in possesso dei requisiti aggiuntivi, indicati da apposite linee guida che la stessa autorità avrebbe dovuto emanare⁷⁰.

Dal coordinamento delle nuove disposizioni del Codice dei contratti pubblici (art. 94, co. 5, lett. d), 124 e 216) con quelle del Codice della crisi (art. 95) e della legge fallimentare (art. 186 bis, co. 4 e 5) per le procedure ancora soggette ad essa, discende un quadro complesso delle situazioni in cui può trovarsi l'impresa in stato di crisi o insolvenza che contratta con la pubblica amministrazione. Lo scenario può infatti variare in base: i) al fatto che si tratti di affidamenti già in corso o di nuove gare; ii) al tipo di procedura cui è soggetta l'impresa (liquidazione giudiziale/fallimento, concordato preventivo); iii) allo stato della procedura (deposito della domanda/procedura aperta).

Le regole applicabili alle varie circostanze possono essere così sintetizzate:

- Nuove procedure di affidamento per le imprese fallite o sottoposte a liquidazione giudiziale:
 - a) le imprese per cui è stato dichiarato il fallimento o la liquidazione giudiziale, anche se ammesse all'esercizio provvisorio, non possono partecipare a nuove gare;

⁷⁰ È da segnalare come in forza di tale disposizione, nel 2018 l'ANAC aveva predisposto una bozza di Linee guida nelle quali aveva correttamente concluso che richiedere a un'impresa in crisi requisiti di natura tecnica o finanziaria ulteriori a quelli stabiliti dal Codice dei contratti pubblici o da leggi speciali avrebbe comportato il rischio di compromettere la finalità concorrenziale dell'assetto delineato dal legislatore, eliminando definitivamente dal mercato le imprese in decozione. Ciononostante, la bozza di Linee guida prevedeva alcuni requisiti che delineavano situazioni di particolare gravità idonee a incidere seriamente sulla corretta esecuzione del contratto (grave insufficienza di risorse finanziarie, di risorse tecnico strumentali e di risorse umane). Tali Linee Guida non sono mai entrate in vigore e la stessa Autorità, secondo la Relazione illustrativa al Codice, ha presentato istanza per l'abrogazione della norma attributiva di tale competenza.

- b) le imprese per cui è stato dichiarato il fallimento o la liquidazione giudiziale ammesse all'esercizio provvisorio possono stipulare il contratto quando l'aggiudicazione è avvenuta prima dell'apertura della procedura stessa, su richiesta del curatore, previa autorizzazione del giudice delegato;
- c) le imprese per le quali pende l'istanza di fallimento o di liquidazione giudiziale non possono partecipare a nuove gare, costituendo ai sensi dell'articolo 94, comma 4, lett. d) un motivo di esclusione dalla gara.

➤ Procedure di affidamento in corso tra pubblica amministrazione e impresa in fallimento/liquidazione giudiziale

- a) il curatore, previa autorizzazione del giudice delegato, può eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita solo se autorizzato all'esercizio provvisorio;
- b) se il curatore non è autorizzato all'esercizio provvisorio il rapporto si risolve e la stazione appaltante deve procedere all'interpello dei soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura secondo la graduatoria.

➤ Nuove procedure di affidamento per le imprese in concordato:

- a) successivamente al deposito della domanda di concordato (anche se in bianco) e prima dell'apertura della procedura l'impresa può partecipare a nuove gare in presenza dell'autorizzazione del tribunale e la relazione del professionista che attesti la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto. Non è più necessario, invece, l'avvalimento;
- b) le stesse condizioni valgono dopo l'ammissione al concordato, con la differenza che l'autorizzazione sarà concessa dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove nominato. In entrambi i casi tali provvedimenti di autorizzazione devono essere adottati entro la data di aggiudicazione;
- c) nel caso in cui la domanda di concordato sia stata depositata dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione la stipulazione del contratto deve essere autorizzata entro 60 giorni e alle condizioni previste dalle lettere precedenti.

➤ Procedure di affidamento in corso tra pubblica amministrazione e impresa in concordato:

- a) il deposito del ricorso di concordato (in bianco, in continuità o liquidatorio) e l'apertura della procedura non determinano la risoluzione del contratto e sono inefficaci i patti contrari. Dopo il deposito della domanda e prima

dell'ammissione è necessaria l'attestazione del professionista sulla conformità al piano e sulla ragionevole capacità di adempimento del contratto;

- b) dopo l'apertura del concordato con continuità aziendale i contratti proseguono a condizione che il professionista ne attesti la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento;
- c) dopo l'apertura del concordato liquidatorio i contratti proseguono a condizione che il professionista attesti che la continuazione è necessaria per la migliore liquidazione dell'impresa in esercizio.

5.3 Le cause di esclusione non automatica

L'articolo 95 del Codice disciplina le cause di esclusione non automatica, richiamando in buona parte le situazioni regolate precedentemente dall'articolo 80, comma 5 del decreto legislativo n. 50/2016.

Costituiscono cause di esclusione non automatica:

- le gravi infrazioni di norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro, in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o da disposizioni internazionali, accertate con qualunque mezzo. Tale disposizione mira ad attribuire rilevanza ai fattori ESG che permeano oggi la gestione aziendale, anche nell'ambito della materia dei contratti pubblici. Il rinvio mobile alle fonti nazionali e dell'Unione Europea è destinato ad accrescere ulteriormente l'importanza del rispetto degli obblighi di prossima attuazione nel nostro ordinamento⁷¹;
- una situazione di conflitto di interessi non diversamente risolvibile (ad es. attraverso la sostituzione del dipendente o l'avocazione della sua attività al responsabile del servizio oppure mediante il ricorso a formule organizzative alternative). L'impossibilità di risolvere la situazione di conflitto deve essere assoluta, oggettiva, e adeguatamente motivata⁷²;
- una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella procedura di appalto che non può essere risolta con

**Le cause di
esclusione
non
automatica**

⁷¹ In particolare, il riferimento è alla direttiva (UE) 2022/2464, sulla Corporate Sustainability Reporting (c.d. direttiva CSRD) e alla proposta di direttiva COM (2022) 71 final del 23.2.2022 sulla Corporate Sustainability due diligence.

⁷² Sul conflitto di interessi v. box successivo

misure meno intrusive (ad esempio la sottoscrizione di accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza nella procedura di aggiudicazione);

- la sussistenza di rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte siano imputabili ad un unico centro decisionale in virtù di accordi intercorsi tra gli operatori partecipanti alla stessa gara. A tal fine occorre tener conto delle indicazioni della giurisprudenza della Corte di Giustizia⁷³, secondo la quale la semplice situazione di controllo societario non è elemento di per sé sufficiente ai fini dell'operatività della causa di esclusione; è invece necessario che l'amministrazione valuti concretamente l'impatto del rapporto di controllo sul comportamento dei partecipanti e sul contenuto delle offerte depositate;
- l'illecito professionale grave, la cui fattispecie è tipizzata al successivo articolo 98;
- le irregolarità fiscali e contributive di natura grave non definitivamente accertate. Il Codice rinvia all'allegato II.10 per individuare le situazioni in cui la violazione possa ritenersi "grave" e "non definitivamente accertata"⁷⁴. Analogamente a quanto previsto per le corrispondenti irregolarità che costituiscono causa di esclusione automatica, la norma prevede l'inoperatività dell'esclusione in caso di estinzione del debito tributario o previdenziale, oppure quando l'operatore economico abbia adempiuto o si sia impegnato in modo vincolante al pagamento del debito anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione dell'offerta. L'esclusione non opera qualora l'operatore economico abbia compensato il credito tributario con crediti certificati vantati verso la pubblica amministrazione.

Diversamente dalle cause di esclusione automatiche, le cause non automatiche non operano *ex lege*, ma la stazione appaltante deve valutare, caso per caso, la gravità della condotta e la rilevanza che essa ha sull'affidabilità dell'operatore economico a eseguire

⁷³ V. Corte di Giustizia 19 maggio 2009, causa C-538/07.

⁷⁴ In particolare l'articolo 2 precisa che si considera "violazione" l'inottemperanza agli obblighi derivanti dalla notifica di specifici atti impositivi di pagamento; l'articolo 3 stabilisce che la violazione è "grave" se l'importo non pagato è pari o superiore al 10% del valore dell'appalto e comunque non inferiore a 35.000 euro; l'articolo 4 prevede che la violazione è considerata "non definitivamente accertata" (e quindi suscettibile di fondare una eventuale valutazione in termini di esclusione dell'operatore economico), quando sono decorsi inutilmente i termini per adempiere l'obbligo di pagamento e il provvedimento non è stato impugnato. Pertanto, condizione necessaria affinché l'omesso pagamento di imposte e tasse possa essere considerato rilevante ai fini dell'esclusione è la natura impositiva dell'atto, il quale deve essere idoneo a far sorgere l'obbligo di pagamento.

il contratto oggetto di quello specifico affidamento⁷⁵. Laddove tale circostanza risultasse accertata, nessuna possibilità di scelta risulterebbe rimessa alla stazione appaltante, dovendo questa disporre obbligatoriamente l'esclusione.

Il conflitto di interessi come causa di esclusione automatica

L'articolo 95, comma 1 lett. b), considera, come in passato, il conflitto di interessi una possibile causa di esclusione dell'operatore economico dalla gara. Rispetto alla previgente disciplina, tuttavia, il Codice è intervenuto sulla nozione di conflitto di interessi, perseguendo due obiettivi fondamentali: definire con maggiore certezza i presupposti di una fattispecie che può essere fonte di severe responsabilità, anche penali, per il funzionario pubblico e attribuire una connotazione sostanziale e concreta al conflitto di interessi, in linea con i principi del risultato e della fiducia che ispirano il Codice.

Per il perseguimento di tali obiettivi, l'articolo 16 definisce con maggiore chiarezza:

- gli elementi che integrano l'insorgenza del conflitto;
- l'onere della prova, che viene posto in capo a chi invoca il conflitto, sulla base di presupposti specifici e documentati;
- gli obblighi di comunicazione e astensione in capo al soggetto che versa in conflitto.

Secondo la nuova definizione, il conflitto può riguardare qualunque soggetto, anche non formalmente dipendente dalla stazione appaltante, che interviene con compiti funzionali (e dunque, non con mansioni meramente materiali) nella procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione del contratto e sia, per tale ragione, in grado di influenzarne il risultato, gli esiti o la gestione. Tale soggetto deve essere portatore di un interesse economico, finanziario o di altro interesse personale, anche indiretto, che presenti il rischio di una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza⁷⁶.

⁷⁵ Affinché l'apprezzamento non sconfini in arbitrio, occorre un attento e prudente vaglio della situazione concreta e una puntuale esplicitazione del percorso logico-giuridico che ha indotto la stazione appaltante ad adottare la decisione di esclusione (Tar Lazio 28 luglio 2022, n. 10712).

⁷⁶ Si segnala che l'articolo 15 quater del decreto-legge 29 settembre 2023, n. 132, convertito con modificazioni dalla legge 27 novembre 2023, n. 170, ha modificato la previsione iniziale dell'articolo 16 del Codice in base alla quale la minaccia che poteva dar luogo a un'ipotesi di conflitto di interessi doveva essere "concreta ed effettiva". Sebbene tale modifica sia volta a rafforzare la tutela dell'interesse generale all'imparzialità dell'agire amministrativo, essa tuttavia rischia di estendere eccessivamente la fattispecie, minando quelle esigenze di concretezza e determinatezza poste alla base della nuova formulazione

La nuova nozione, in primo luogo, estende l'ambito di applicazione soggettivo della norma comprendendo anche il personale non dipendente della pubblica amministrazione. Essa inoltre attribuisce rilevanza alla situazione di conflitto non solo nella fase dell'aggiudicazione, ma anche in quella dell'esecuzione del contratto.

Un'ulteriore novità si rinviene nella finalità della stessa disciplina del conflitto, che si pone in linea con la nuova gerarchia degli interessi delineata dai principi generali del Codice. Obiettivo della nuova norma è infatti quello di preservare l'imparzialità e l'indipendenza dell'azione amministrativa, in funzione della realizzazione del risultato. In questo senso, viene meno il riferimento alla strumentalità dell'istituto come presidio anticorruzione nonché come misura a tutela della concorrenza e della parità di trattamento tra gli operatori economici.

Inoltre, l'articolo 16 introduce la regola dell'inversione dell'onere della prova. Mentre in base al decreto legislativo n. 50/2016 il conflitto di interessi doveva essere comunicato dalla stazione appaltante o dal prestatore di servizi, il nuovo Codice stabilisce che l'esistenza del conflitto di interessi deve essere provata dal soggetto che lo invoca, sulla base di presupposti specifici e documentati. Il conflitto deve riferirsi a interessi effettivi, la cui soddisfazione è conseguibile solo subordinando un interesse all'altro. La disposizione, quindi, non solo impone un obbligo di prova nei confronti del soggetto che invoca il conflitto, ma provvede anche ad indicare come quest'ultimo debba adempiervi al fine di evitare, in ogni fase del procedimento, dilazioni dovute ad atteggiamenti ostruzionistici degli operatori economici. Un onere della prova rafforzato riduce infatti il rischio di sollevare ipotesi prive di concretezza ed effettività.

Infine, l'articolo 16 impone alla stazione appaltante di adottare presidi organizzativi e misure adeguate a individuare, prevenire e risolvere in modo adeguato ogni ipotesi di conflitto di interessi.

Rimangono fermi gli obblighi di comunicazione e astensione del soggetto che versi in una situazione di conflitto di interessi. Sul rispetto di tali obblighi vigila la stazione appaltante.

dell'articolo 16, nonché di alimentare il contenzioso e dilatare i tempi delle procedure. La nuova formulazione, benché estenda le cause di conflitto di interesse, è tuttavia più aderente a quanto previsto dalla direttiva europea.

5.4 L'illecito professionale grave

Nell'opera di riordino e razionalizzazione dei requisiti di partecipazione alle gare, il Codice – in attuazione dei principi di delega⁷⁷ – dedica un'autonoma disposizione (art. 98) all'illecito professionale grave, quale causa di esclusione non automatica. La nuova norma mira, in particolare, a ridurre l'indeterminatezza dei confini applicativi della fattispecie e a subordinarne la rilevanza a un accertamento oggettivo da parte della stazione appaltante, attraverso la previsione di un elenco tipizzato e tassativo sia delle condotte aventi portata escludente sia dei mezzi di prova idonei a dimostrarli.

L'articolo 98, in particolare, definisce: i) gli elementi costitutivi della fattispecie e i soggetti a cui si riferisce; ii) i mezzi di prova; iii) la portata dell'obbligo motivazionale in caso di esclusione.

Con riguardo al primo profilo, affinché possa riscontrarsi un illecito professionale – oltre alla ricorrenza di elementi sufficienti a integrare l'illecito sulla base delle condotte individuate dalla stessa disposizione e adeguatamente provate con i mezzi indicati – è necessario che ricorra congiuntamente un ulteriore presupposto rimesso alla valutazione discrezionale della stazione appaltante, ossia l'idoneità di quella specifica condotta a incidere sull'integrità (intesa come moralità professionale), e sull'affidabilità (intesa come reale capacità tecnico – professionale nello svolgimento dell'attività oggetto dell'affidamento) dell'operatore economico. In virtù del principio del risultato, l'integrazione di una delle condotte indicate dall'articolo 98 non determina necessariamente l'esclusione dalla gara, ma essa avviene solo quando le condotte assunte, adeguatamente provate, minino il rapporto di fiducia tra la stazione appaltante e l'operatore economico, rendendo in concreto dubbia l'affidabilità circa la regolare esecuzione del contratto e l'integrità morale dell'operatore.

**Gli elementi
dell'illecito
professionale
grave**

Le condotte rilevanti e i mezzi di prova corrispondenti

Sul piano delle condotte astrattamente rilevanti ai fini della configurazione di un illecito professionale, l'articolo 98 riproduce, talvolta innovandole, alcune delle situazioni già individuate dalla precedente normativa⁷⁸ e recepisce sostanzialmente le indicazioni contenute nelle Linee Guida ANAC n. 6⁷⁹. Una tale impostazione è volta a limitare quell'assoluta discrezionalità della stazione appaltante nel valutare i comportamenti

⁷⁷ V. art. 1, comma 1, lett. n) della legge 21 giugno 2022, n. 78.

⁷⁸ V. in particolare articolo 80, comma 5, lett. c-bis); c-ter); c-quater); h); l) del decreto legislativo n. 50/2016.

⁷⁹ Delibera 16 novembre 2016 n. 1293.

suscettibili di incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore economico, che era stata oggetto di gran parte del contenzioso in materia di contratti pubblici.

In particolare, il comma 3 dell'articolo 98 prevede che l'illecito professionale si può desumere dal verificarsi di uno dei seguenti elementi, con i mezzi di prova rispettivamente indicati dal comma 6 della stessa disposizione:

Le condotte
e i mezzi di
prova

- **sanzione esecutiva irrogata dall'AGCM o da altra autorità di settore**, rilevante in relazione all'oggetto specifico dell'appalto. A tal fine rilevano i provvedimenti sanzionatori esecutivi delle medesime autorità (non può essere invocato il provvedimento sospeso o annullato)⁸⁰;
- condotta dell'operatore economico che abbia tentato di **influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante** (ad esempio circa il possesso dei requisiti di partecipazione), oppure abbia cercato di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio (quali i nominativi degli altri concorrenti o il contenuto delle offerte presentate) oppure, ancora, che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false⁸¹ o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione. Non è più considerata una condotta escludente "l'omissione" delle informazioni necessarie al corretto svolgimento della procedura di selezione. Tale modifica si pone in linea con la nuova disciplina del soccorso istruttorio (articolo 101) che, al fine di preservare lo svolgimento della procedura di gara, consente di sanare anche eventuali omissioni, in un'ottica di leale collaborazione tra le parti. In ogni caso la condotta escludente deve essere dimostrata dalla stazione appaltante sulla base di indizi certi, precisi e concordanti;
- condotta dell'operatore economico che abbia dimostrato **significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione** che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, derivanti da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una

⁸⁰ La previsione circoscrive notevolmente l'ambito di rilevanza dei provvedimenti dell'AGCM. Innanzitutto, sembrano non essere ricomprese le ipotesi di accesso al programma di *leniency* in cui l'AGCM accerta un illecito, ma non applica la sanzione; inoltre non sono presi in considerazione i comportamenti posti in essere in un mercato diverso, dal punto di vista geografico o del prodotto, rispetto a quello oggetto del contratto da affidare.

⁸¹ La Relazione illustrativa chiarisce la differenza tra la falsità che rileva ai fini dell'illecito professionale, destinata ad operare nella procedura di gara in corso, e quella integrante una causa di esclusione automatica ai sensi dell'articolo 94, comma 5, lett. d), destinata ad operare, invece, nelle gare successive qualora ANAC abbia disposto l'iscrizione nel casellario informatico, ai sensi dell'articolo 96, comma 15 del Codice.

persistente carenza professionale⁸² (ad esempio inadempimento di una o più obbligazioni contrattualmente assunte; carenze del prodotto o del servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto; ritardo nell'adempimento; errore professionale nell'esecuzione della prestazione). Come mezzo di prova assume rilevanza l'intervenuta risoluzione per inadempimento, la condanna al risarcimento del danno o altre conseguenze comparabili;

- condotta dell'operatore economico che abbia commesso **grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori**, senza che sia più necessario come in passato che tale inadempimento sia stato riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato⁸³; esso, infatti può essere dimostrato anche attraverso provvedimenti giurisdizionali non definitivi;
- condotta dell'operatore economico che abbia **violato il divieto di intestazione fiduciaria**⁸⁴, laddove la violazione non sia stata rimossa e purché sia provata attraverso l'accertamento definitivo della violazione⁸⁵;
- **omessa denuncia da parte dell'operatore economico vittima di determinati reati** (concussione ed estorsione) aggravati dal metodo mafioso⁸⁶. Tale circostanza deve emergere dagli indizi alla base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nell'anno precedente la pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha ommesso la denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'ANAC;
- **contestata commissione** da parte dell'operatore economico, nonché da parte di tutti quei soggetti che hanno il potere di rappresentanza, decisione o controllo del candidato offerente, di uno dei **reati tentati o consumati che determinano causa di esclusione automatica**. Diversamente dalle altre fattispecie, la commissione di uno dei reati indicati dall'articolo 94, comma 1 riguarda non solo l'operatore economico ma, per "contagio", anche le persone fisiche indicate dalla stessa disposizione⁸⁷. Trattandosi di una condotta solo contestata, la norma individua come mezzi di prova provvedimenti di condanna non definitivi (sentenza di condanna non definitiva, decreto penale di condanna non irrevocabile, sentenza non irrevocabile di patteggiamento), nonché atti

**Le condotte
e i mezzi di
prova**

⁸² Tale disposizione riproduce la causa di cui all'articolo 80, comma 5, lett. c-ter del decreto legislativo n. 50/2016.

⁸³ V. art. 80, comma 5, lett. c-quater del decreto legislativo n. 50/2016.

⁸⁴ Di cui all'art. 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55.

⁸⁵ V. art. 80, comma 5, lett. h) del decreto legislativo n. 50/2016.

⁸⁶ V. art. 80, comma 5, lett. l) del decreto legislativo. n. 50/2016.

⁸⁷ Secondo la Relazione illustrativa tale scelta deriva sia dalla gravità dei fatti contestati, sia da ragioni di coerenza del sistema che prevede come causa di esclusione automatica dalla gara la commissione del reato, accertata con sentenza definitiva, da parte di tali soggetti.

prodromici alla stessa instaurazione del giudizio (la richiesta di rinvio a giudizio da parte del pubblico ministero o il decreto che dispone il giudizio) e provvedimenti cautelari e reali emessi dal giudice penale;

- **contestata o accertata commissione** da parte dell'operatore economico, nonché da parte di tutti quei soggetti che hanno il potere di rappresentanza, decisione o controllo del candidato offerente, di una serie di **reati consumati, meno gravi di quelli indicati dall'articolo 94**, ma comunque ritenuti idonei astrattamente a incidere sull'integrità dell'operatore. Tra questi, in particolare, vengono indicati i reati presupposto della responsabilità amministrativa degli enti di cui al decreto legislativo n. 231/2001. In tali casi, la condotta può essere provata attraverso provvedimenti sanzionatori definitivi e non definitivi (sentenza di condanna definitiva e decreto di condanna irrevocabile, condanna non definitiva), nonché con provvedimenti cautelari reali o personali emessi dal giudice penale. Non costituiscono mezzo di prova, invece, né la sentenza di patteggiamento, né gli atti prodromici all'instaurazione del giudizio.

La valutazione dell'illecito professionale grave

Valutazione caso per caso

Spetta, dunque, alla stazione appaltante valutare nel caso concreto se e per quale motivo gli elementi raccolti depongano per un illecito professionale tanto grave da incidere sulla moralità professionale e sull'integrità dell'operatore economico. Ad esempio, la semplice sussistenza di un provvedimento giurisdizionale non sarà sufficiente a ritenere integrato un illecito professionale, dovendo comunque la stazione appaltante svolgere una propria valutazione sull'incidenza del provvedimento stesso in merito alla capacità dell'operatore economico di assicurare la regolare esecuzione del contratto. Tale valutazione dovrà, inoltre, svolgersi in contraddittorio con l'operatore ed essere supportata da idonea motivazione. La motivazione deve tener conto degli elementi costitutivi dell'illecito professionale, della loro idoneità a incidere sull'integrità morale e professionale dell'operatore, nonché dei mezzi di prova utilizzati per accertarlo. Si tratta di un obbligo puntuale, volto a responsabilizzare la stazione appaltante nel rendere più chiaro ed esaustivo possibile l'iter logico-giuridico e fattuale alla base dell'esito escludente.

Ai fini della valutazione di gravità dell'illecito, la stazione appaltante, inoltre, dovrà tener conto non solo del bene giuridico e dell'entità della lesione inferta, ma anche del tempo trascorso dalla violazione. Tali criteri mirano a indirizzare la stazione appaltante verso un giudizio di proporzionalità della condotta, da svolgere caso per caso, valutando il tempo trascorso dal verificarsi dei fatti e soprattutto considerando l'eventuale adozione

di modifiche nell'organizzazione dell'impresa tali da evitare che in futuro possano accadere nuovamente. Si tratta delle c.d. misure di *self-cleaning* di cui al par. 5.5

In linea generale, l'articolo 96, comma 10 individua un limite temporale di rilevanza della causa di esclusione, superato il quale i fatti astrattamente idonei a mettere in dubbio l'affidabilità dell'operatore economico non assumono più rilevanza come illecito professionale grave, e dunque, non possono determinare l'esclusione dalla gara (sul punto, v. par. 5.5). Tale termine – individuato in tre anni – si pone in linea con la giurisprudenza amministrativa⁸⁸ che era giunta alle medesime conclusioni sulla base dell'interpretazione dell'articolo 57, comma 7 della direttiva 2014/24/UE.

Focus 2 - Codice dei contratti pubblici e decreto legislativo n. 231/2001: un'interazione complessa

Il Codice presenta alcune rilevanti interazioni con il decreto legislativo n. 231/2001, in quanto collega direttamente le cause di esclusione dell'operatore economico al sistema della responsabilità amministrativa degli enti. Viene infatti prevista:

- l'esclusione automatica in caso di condanna dell'ente ai sensi del decreto legislativo n. 231/2001, per uno dei gravi reati-presupposto dell'articolo 94, comma 1;
- esclusione automatica nel caso di condanna penale delle persone fisiche legate all'ente per uno dei gravi reati-presupposto dell'articolo 94, comma 1;
- esclusione automatica degli enti già destinatari della sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lett. c), del decreto legislativo n. 231/2001 (cioè, divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio) o di altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione (senza limitazione all'elenco dei gravi reati-presupposto dell'articolo 94, comma 1);
- esclusione non automatica dell'ente di cui si accerti la commissione di un illecito professionale grave, desumibile – fra gli altri motivi – dalla contestazione di uno dei gravi reati indicati dall'articolo 94, comma 1 (coincidenti con alcuni reati-presupposto previsti dal decreto legislativo n. 231/2001), nonché dalla contestazione o accertamento di qualsiasi altro reato-presupposto di cui al decreto legislativo n. 231/2001.

⁸⁸ V. Consiglio di Stato 27 gennaio 2022, n. 575.

Quest'ultima previsione, in particolare, presenta elementi di criticità. Essa, infatti, consente l'esclusione dell'operatore economico coinvolto in un illecito rilevante ai sensi del decreto legislativo n. 231/2001, anche se solo presunto e non ancora accertato. Ai fini della prova dell'illecito professionale, infatti, la stazione appaltante, qualora si tratti di uno dei reati di cui all'articolo 94, comma 1 del Codice, può tener conto non solo delle condanne non definitive e dei provvedimenti cautelari, ma anche degli atti prodromici all'instaurazione del giudizio, quali ad esempio la richiesta di rinvio a giudizio da parte del pubblico ministero⁸⁹. Ciò pone il rischio che, nell'attesa della decisione giurisdizionale (che può avvenire anche a distanza di anni), un operatore possa essere escluso dalla gara per una contestazione successivamente risultata infondata.

Lo stesso potrebbe accadere anche in relazione agli altri reati previsti dal decreto legislativo n. 231/2001 idonei a integrare un illecito professionale grave e per i quali il Codice individua come mezzi di prova soltanto le condanne non definitive e i provvedimenti cautelari. Nonostante, infatti, nella versione definitiva del Codice sia stato espunto il riferimento agli atti prodromici all'instaurazione del giudizio di cui all'art. 405 del c.p.p., va tuttavia considerato il frequente e improprio uso dello strumento cautelare nel processo per responsabilità amministrativa a carico degli enti. I giudizi di responsabilità dell'ente raramente, infatti, giungono alla fase conclusiva del giudizio, con una sentenza. Nel maggior numero dei casi, il processo si chiude con il patteggiamento nell'udienza in cui si applicano le misure cautelari.

Il giudizio cautelare, tuttavia, non è un giudizio a cognizione piena, essendo basato su indizi di colpevolezza e pericolosità del soggetto, spesso ritenuti integrati nella prassi giurisprudenziale per il semplice verificarsi del reato presupposto. Ne deriva che, anche a fronte di ipotesi di reato che potrebbero concludersi con formule pienamente liberatorie, le imprese rinuncino ad esercitare il proprio diritto di difesa per evitare ulteriori danni reputazionali, che si ripercuoterebbero indirettamente sulla continuità aziendale. Ciò determina in sostanza l'applicazione della misura cautelare in funzione sanzionatoria anticipata, anziché preventiva in contrasto con il principio della

⁸⁹ È, peraltro, da segnalare come ANAC, nel parere n. 397 del 6 settembre 2023, abbia definitivamente escluso che possa desumersi un illecito professionale grave dalla semplice iscrizione di un soggetto nel registro degli indagati, posto che la norma fa riferimento soltanto agli atti di cui all'art. 407-bis, comma 1, c.p.p., e non anche all'art. 335 c.p.p. Secondo l'Autorità, pertanto, nell'ambito della tipizzazione introdotta dal nuovo Codice dei contratti pubblici, la semplice sottoposizione di un soggetto a indagini penali non può in alcun modo integrare una causa di esclusione dalla procedura.

presunzione di innocenza (art. 27 Cost.)⁹⁰. Desumere un illecito professionale grave dalla sussistenza di un provvedimento cautelare comminato per un reato 231, rischia dunque di estendere ulteriormente la valenza afflittiva della disciplina della responsabilità amministrativa degli enti anche al di fuori del processo penale. Ciò comporterebbe l'esclusione dalla gara di imprese potenzialmente sane e idonee a perseguire il risultato della realizzazione dell'opera o del servizio oggetto di gara, in pregiudizio dell'interesse non solo dell'impresa, ma anche della stessa pubblica amministrazione.

Le disposizioni che collegano l'esclusione dalle gare alla contestazione o all'accertamento di un illecito previsto dal decreto legislativo n. 231/2001, inoltre, non tengono conto dell'incessante moltiplicazione delle fattispecie suscettibili di dar luogo alla responsabilità da reato degli enti, molte delle quali, peraltro, completamente prive di attinenza con la lesione di interessi rilevanti nell'ambito delle gare pubbliche.

Sul punto occorrerebbe un complessivo ripensamento sia del sistema della responsabilità amministrativa degli enti, con particolare riguardo all'uso dello strumento cautelare, sia delle condizioni che legittimano la stazione appaltante ad escludere l'operatore dalla gara al verificarsi di un illecito di cui al decreto legislativo n. 231/2001, eliminando i provvedimenti cautelari dai mezzi di prova indicati dall'articolo 98. In assenza di un intervento normativo in tal senso, tuttavia, appare fondamentale compensare gli elementi di criticità che derivano dalle interazioni tra le due discipline – che peraltro rispondono a finalità diverse: tutela della legalità (decreto legislativo 231/2001) e realizzazione di opere e servizi pubblici (Codice dei contratti pubblici) – sia attraverso un corretto e bilanciato uso della discrezionalità amministrativa da parte delle stazioni appaltanti nella valutazione dell'incidenza dell'illecito sull'affidabilità dell'impresa, sia con un rafforzamento dell'impegno da parte degli operatori economici nel garantire un'adeguata *compliance* in funzione di prevenzione dei reati, in un quadro di reciproca fiducia tra le parti.

5.5 La procedura di esclusione e le misure di *self-cleaning*

In qualunque momento della procedura, si verifichi uno dei fatti di cui agli articoli 94 e 95, la stazione appaltante deve escludere l'operatore economico coinvolto dall'evento,

⁹⁰ Con la sentenza 9 ottobre 2019, n. 248, la Corte costituzionale ha osservato che vi è una lesione del principio di non colpevolezza quando la legge prevede una misura che sostituisce, nella sostanza, una sanzione anticipata in assenza di un accertamento definitivo di responsabilità.

salvo che questi non ponga in essere condotte idonee a evitare l'esclusione dalla gara (cd. *self-cleaning*).

In particolare, l'articolo 96 prevede, in coerenza con i principi del risultato e della reciproca fiducia tra le parti, che il verificarsi di uno dei fatti di cui agli articoli 94 e 95 possa non determinare l'esclusione dalla procedura, se l'operatore economico soddisfi congiuntamente due condizioni:

- Condizioni per evitare l'esclusione**
- assolva correttamente gli oneri di comunicazione previsti dall'articolo 96;
 - fornisca la prova di aver adottato misure sufficienti a dimostrare la sua affidabilità (cd. *self-cleaning*).

Rimane tuttavia nella discrezionalità della stazione appaltante valutare l'idoneità dei comportamenti *post factum* assunti dall'operatore economico. Il provvedimento di esclusione deve essere adeguatamente motivato, rendendo note le ragioni che hanno indotto la stazione appaltante a ritenere le eventuali misure di *self-cleaning* adottate dall'operatore non tempestive e/o non sufficienti a garantire la sua affidabilità.

Gli oneri di comunicazione

L'articolo 96 del Codice prevede una serie di oneri di comunicazione a carico dell'operatore affinché il possesso dei requisiti di partecipazione sia assicurato durante l'intero ciclo di vita del contratto.

L'operatore economico deve comunicare alla stazione appaltante il verificarsi di una delle cause di esclusione previste dagli articoli 94 e 95, distinguendo due ipotesi:

Termini per la comunicazione

- la causa di esclusione si è verificata prima della presentazione dell'offerta. In questo caso, essa deve essere comunicata unitamente alla prova di aver adottato eventuali misure di *self-cleaning*, oppure dell'impossibilità di adottarle prima della presentazione dell'offerta, riservandosi di porle in essere e comunicarle successivamente;
- la causa di esclusione si è verificata dopo la presentazione dell'offerta. In tale ipotesi, l'onere di comunicazione riguarderà solo l'adozione delle misure di *self-cleaning*.

Inoltre, se l'operatore economico è destinatario di uno dei provvedimenti del pubblico ministero o di un provvedimento cautelare o reale del giudice penale, questi ha il dovere di comunicarlo immediatamente alla stazione appaltante e, ove non vi provveda, l'effetto

escludente inizia a decorrere dalla data in cui la stazione appaltante ne è venuta a conoscenza.

Pur non costituendo un'autonoma causa di esclusione, l'eventuale omissione delle comunicazioni o la non veritiera comunicazione possono costituire elementi utili alla stazione appaltante per valutare la sussistenza di un grave illecito professionale.

È da rilevare, infine, in merito ai nuovi oneri di comunicazione in capo all'operatore economico, che il Codice pone sempre una riserva: *“l'operatore economico ha l'obbligo di comunicare (...) ove questo non sia menzionato nel proprio fascicolo virtuale”*. Al riguardo si è osservato nei paragrafi precedenti come tra le più rilevanti novità del Codice vi sia l'istituzione di un sistema di e-procurement basato su meccanismi di interoperabilità tra banche dati e sul fascicolo virtuale dell'operatore economico, inteso come una cartella digitale in cui sono raccolti tutti i documenti comprovanti i requisiti generali e tecnici dell'operatore economico. Tale strumento, in particolare, consentirà di verificare in tempo reale l'assenza delle cause di esclusione indicate dagli articoli 94 e 95 del Codice. Ne consegue, dunque, che gli oneri di comunicazione di cui all'articolo 96 saranno destinati ad operare fino a quando la trasformazione digitale non sarà integralmente compiuta e nei limiti in cui i fatti e i provvedimenti oggetto di comunicazione non saranno contenuti nel fascicolo virtuale.

Gli oneri di comunicazione e il FVOE

Le misure di self-cleaning

Il meccanismo di *self-cleaning* consiste in un complesso di misure che possono essere adottate dall'operatore nei confronti del quale si è verificata una causa di esclusione (automatica o non automatica). L'obiettivo è evitare l'esclusione dalla gara, dimostrando l'affidabilità all'esecuzione del contratto, nonostante il verificarsi dell'evento escludente.

Il Codice chiarisce che le misure di *self-cleaning* se ritenute sufficienti non escludono l'operatore economico dalla procedura d'appalto. Questa precisazione risolve le incertezze applicative derivanti dal fatto che la precedente normativa, sia europea, sia nazionale, non conteneva alcuna indicazione circa i tempi per l'adozione di tali misure: se, cioè, queste potevano essere idonee a provare l'affidabilità dell'operatore anche qualora fossero intervenute successivamente alla presentazione delle offerte e quindi nel corso della procedura. Sul punto, sia la Corte di giustizia sia il Consiglio di Stato si erano pronunciati nel senso che le misure rimediali non valevano solo per il futuro ma

Termini per l'adozione delle misure di self-cleaning

potevano essere adottate anche nelle more dello svolgimento della procedura selettiva, purché prima dell'adozione della decisione di aggiudicazione⁹¹.

Con riguardo alle specifiche misure che devono essere adottate dall'operatore per evitare l'esclusione, il comma 6 dell'articolo 96 individua, in particolare: i) il risarcimento o l'impegno al risarcimento di qualunque danno causato dal reato o dall'illecito; ii) la collaborazione con le autorità investigative per l'accertamento dei fatti; iii) l'adozione di provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti (tra cui rientrano, in particolare i modelli di organizzazione, gestione e controllo previsti dal decreto legislativo n. 231/2001).

Onere della prova

Spetta all'operatore economico l'onere di dimostrare che le misure adottate siano sufficienti e idonee a garantire la sua affidabilità, e alla stazione appaltante quello di valutare se le stesse siano idonee ad evitare l'esclusione, tenendo anche conto della gravità e delle particolari circostanze del reato o dell'illecito, nonché della tempestività della loro assunzione. La corretta attuazione della disciplina presuppone, dunque, l'impegno e l'apertura di importanti spazi di dialogo tra le stazioni appaltanti e gli operatori economici – in attuazione dei principi della fiducia e della buona fede – al fine di giungere ad un confronto che consenta alle prime di esercitare il proprio potere discrezionale sulla valutazione delle misure adottate e ai secondi di dimostrare la propria affidabilità.

La normativa, infine, pone una disposizione di chiusura a presidio della ragionevole e corretta durata del procedimento, stabilendo che in nessun caso l'aggiudicazione può subire dilazioni a causa dell'adozione delle misure riparative indicate espressamente dal Codice.

5.6 La durata e la decorrenza dell'esclusione

Durata

La durata dell'esclusione varia a seconda degli eventi che ne hanno dato origine. In particolare, l'articolo 96⁹² prevede in primo luogo che, nel caso in cui l'esclusione sia determinata da una sentenza definitiva, l'operatore economico non può avvalersi della facoltà del *self-cleaning* per tutto il periodo di esclusione derivante dalla sentenza stessa. In secondo luogo, stabilisce che nel caso in cui la sentenza definitiva di condanna non

⁹¹ Cfr. Corte di Giustizia 14 gennaio 2021, C-387/2019 e Consiglio di Stato, 30 maggio 2022, n. 4363. Alla luce della modifica introdotta, la Relazione illustrativa (pag. 140) precisa che, "il *self-cleaning* può riguardare anche eventi verificatisi nel corso della procedura e dopo la presentazione dell'offerta", ricordando che le Linee Guida ANAC n.6 finora richiedevano che l'adozione delle misure di *self-cleaning* doveva intervenire necessariamente entro il termine fissato per la presentazione delle offerte o, nel caso di attestazione, entro la data di sottoscrizione del contratto con la SOA.

⁹² Articolo 96, commi 7 e 8.

fissa la durata della pena accessoria dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, la durata dell'effetto escludente è:

- perpetua: se si tratta di reato cui consegue di diritto la pena accessoria perpetua⁹³, salvo il caso in cui la pena sia dichiarata estinta essendo stata concessa la riabilitazione;
- di sette anni: se viene inflitta la reclusione per un tempo non superiore a due anni o se ricorre la circostanza attenuante di cui all'art. 323 *bis* del c.p.⁹⁴, cui consegue una pena accessoria di durata compresa tra cinque e sette anni, salvo che sia intervenuta la riabilitazione. Qualora, poi, la pena principale preveda una durata inferiore al limite indicato, l'effetto escludente sarà pari a quello della pena principale⁹⁵;
- di cinque anni: in tutti i casi rimanenti rispetto a quelli indicati, sempre fatto salvo il caso in cui non sia intervenuta la riabilitazione. Come nell'ipotesi precedente, se la pena principale prevede una durata inferiore ai cinque anni, l'effetto escludente che ne deriva si produrrà per un periodo avente durata pari alla pena principale.

Nel caso in cui ricorra una delle cause di esclusione non automatica, l'articolo 96 stabilisce che esse rilevano:

Decorrenza

- per tre anni dalla commissione del fatto: per le gravi infrazioni di norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro e in materia ambientale, sociale e del lavoro;
- per la sola gara in cui la condotta si verifica: per le situazioni di conflitto di interessi, in caso di distorsione della concorrenza e se sussistono rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte siano imputabili ad un unico centro decisionale⁹⁶;
- per tre anni se viene commesso un grave illecito professionale, salvo il caso in cui l'operatore economico abbia tentato di influenzare il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio oppure che abbia fornito informazioni false o fuorvianti. Se l'illecito è desunto da uno dei provvedimenti previsti dall'articolo 407 *bis* comma 1 del codice di procedura penale o da un provvedimento cautelare o reale e la situazione escludente consista in uno dei reati indicati tassativamente dal Codice⁹⁷ i tre anni

⁹³ V. art. 317 bis, comma 1, primo periodo, codice penale.

⁹⁴ V. art. 317 bis, comma 1, secondo periodo, codice penale.

⁹⁶ Sul punto, v. par. "Le cause di esclusione non automatica".

⁹⁷ Tra cui i reati fallimentari, i reati tributari e i reati previsti dal d.lgs. n. 231/2001.

decorrono dalla data di emissione di tali atti⁹⁸; se l'illecito è provato con provvedimento sanzionatorio irrogato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore e la situazione escludente derivi da tale atto, si fa riferimento alla data di adozione dello stesso; in tutti gli altri casi, la decorrenza del triennio ha inizio dalla commissione del fatto da cui è dipesa l'esclusione.

L'eventuale impugnazione di uno di tali atti non comporta la sospensione del periodo di esclusione.

Focus 3 - La centralità del modello organizzativo 231 nel sistema dei contratti pubblici

Il modello di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. n. 231/2001 costituisce, come è noto, lo strumento primario di *compliance* alle regole di prevenzione dei reati, che deve essere adottato dalle imprese per non incorrere nella responsabilità per "colpa di organizzazione". Obiettivo del modello è quello d'implementare all'interno dell'impresa regole di comportamento che orientino il suo agire verso la legalità e verso la prevenzione ragionevole del rischio di reato. Accanto alla funzione di prevenzione il decreto attribuisce al modello, da un lato, una funzione di esonero dalla responsabilità, qualora esso sia stato preventivamente adottato dall'impresa e ritenuto dal giudice idoneo ad evitare la commissione di reati della specie di quello verificatosi; e dall'altro, una funzione riparatoria, se adottato dopo la commissione del reato, nel corso del processo, al fine di beneficiare di una riduzione di pena o dell'inapplicabilità delle misure cautelari⁹⁹.

Con le disposizioni del nuovo Codice¹⁰⁰, il modello 231 assume un rilievo centrale, estendendo la sua funzione di prevenzione e premiale anche al di fuori dell'ambito del diritto penale della responsabilità degli enti.

⁹⁸ Come spiegato nella Relazione illustrativa al Codice, sarebbe stato irragionevole considerare la decorrenza del termine a partire dalla commissione del fatto in quanto, spesso, la tempistica processuale italiana non perviene ad una condanna definitiva entro tre anni. In aggiunta, una previsione che consideri come dies a quo la data della commissione del fatto non terrebbe conto dell'indubbia rilevanza di un sindacato giurisdizionale in merito a tali condotte.

⁹⁹ Per un esame compiuto di tali profili si rinvia al Note e studi Assonime n. 5/2019.

¹⁰⁰ V. art 96, comma 6 del Codice nella parte in cui prevede la possibilità per l'operatore economico che sia incorso in una causa di esclusione (automatica e non automatica), di fornire la prova di aver adottato misure idonee e sufficienti a dimostrare la sua affidabilità al fine di evitare l'esclusione (risarcimento del danno);

Pertanto, un'adeguata *compliance* alla disciplina 231 non solo riduce il rischio di commettere illeciti all'interno dell'ente, ma allo stesso tempo produce benefici anche in termini di limitare il verificarsi di una possibile causa di esclusione dalla gara. L'adozione di un modello organizzativo assume rilevanza anche successivamente alla commissione del reato in quanto è considerata una misura di *self-cleaning*¹⁰¹ che ai sensi dell'articolo 96, comma 6 rientra nella valutazione sull'affidabilità dell'operatore economico a eseguire il contratto oggetto della procedura di gara.

Da questo punto di vista le nuove norme sono apprezzabili, in quanto attribuiscono un valore espresso alla riorganizzazione dell'ente post factum. Tuttavia, va segnalata la mancanza di un raccordo con la disciplina 231 in base alla quale la riorganizzazione post factum incide sulla riduzione della pena e sulla applicabilità delle sanzioni interdittive, e la valutazione è rimessa all'autorità giudiziaria. Questo diverso approccio rischia di confondere i piani delle tutele e può dar luogo a possibili contenziosi. Ci si può chiedere, in particolare, cosa accada nel caso in cui la stazione appaltante non escluda dalla gara l'ente in ragione di una valutazione positiva della riorganizzazione e successivamente nel processo 231 il giudice ritenga ai fini del decreto inidonea la riorganizzazione stessa, o viceversa.

Anche in tal caso, per una corretta applicazione della disciplina, appare fondamentale un equilibrato esercizio della discrezionalità da parte della stazione appaltante, la quale dovrà valutare le condotte riparatorie alla luce delle finalità istituzionali proprie dell'amministrazione – in linea con il principio del risultato – e non, invece, in base ai criteri di imputazione penalistici. Allo stesso modo, trattandosi di valutazioni connotate proprio da discrezionalità amministrativa, basata sulla ponderazione degli interessi pubblici e privati coinvolti nella realizzazione dell'opera o del servizio, un eventuale sindacato giurisdizionale dovrebbe contenersi nei limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti, secondo quanto affermato dalla costante giurisprudenza

collaborazione nelle indagini; provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale, idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti). Analogamente l'articolo 98, comma 4 nel rimettere all'ente la valutazione discrezionale circa la gravità dell'illecito professionale, attribuisce rilievo alle "modifiche intervenute nel frattempo nell'organizzazione dell'impresa.

¹⁰¹ È da rilevare come una rilevanza fondamentale del modello organizzativo 231, come misura di *self-cleaning*, era stata già riconosciuta dalle Linee Guida ANAC n. 6. Affinché la riorganizzazione fosse efficiente ai fini della non esclusione dalle gare si richiedeva, tuttavia, anche la dimostrazione che il fatto fosse stato commesso eludendo fraudolentemente il modello. Al riguardo occorre, tuttavia, osservare come la condizione dell'"elusione fraudolenta" costituisca una *probatio diabolica*, e dunque, uno degli elementi di principale criticità dello stesso sistema 231, rispetto al quale si auspica da più parti l'abrogazione. Prevedere tale elemento anche ai fini della non esclusione dalle gare rischia di vanificare l'efficacia stessa delle misure di riorganizzazione e rendere inapplicabile la disposizione dell'articolo 96.

del Consiglio di Stato¹⁰². In altre parole, la scelta della stazione appaltante potrà essere rivalutata dal giudice soltanto sul piano della “non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto compiuti” e non potrà risolversi “in una mera non condivisibilità della valutazione stessa”¹⁰³.

Un ultimo profilo di rilievo nell’ottica della interazione tra disciplina 231 e Codice dei contratti pubblici è quello della valorizzazione della compliance in funzione preventiva di riduzione dei costi di partecipazione alle gare. L’articolo 106, comma 8 del Codice prevede, infatti, alcuni indici la cui ricorrenza determina la riduzione (anche cumulabile) dell’importo della garanzia da prestare, tra cui l’adozione del modello organizzativo 231, con l’effetto di incentivare ulteriormente e indirettamente l’adozione del modello.

5.7 I requisiti speciali e il ricorso all’avvalimento

La
qualificazione
dell’operatore
economico

L’articolo 100 indica i requisiti speciali che la stazione appaltante può richiedere all’operatore economico in relazione all’oggetto dell’appalto.

Si tratta di requisiti che attengono all’idoneità professionale, alla capacità economica - finanziaria e alle capacità tecniche- professionali.

Per gli appalti di servizi e forniture, l’idoneità professionale è attestata dall’iscrizione in registri pubblici (registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura oppure registri delle commissioni provinciali per l’artigianato o presso i competenti ordini professionali) per un’attività pertinente, anche se non coincidente, con l’oggetto del l’appalto.

Per gli appalti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro è necessaria una specifica qualificazione dell’operatore economico. Essa è comprovata da un’attestazione rilasciata da organismi di diritto privato autorizzati da ANAC e articolata in rapporto alle categorie di opere, generali o specializzate, e all’importo delle stesse. La presentazione da parte dell’operatore economico delle attestazioni adeguate ai lavori da appaltare è

¹⁰² V. Consiglio di Stato 7 febbraio 2022, n. 845; Consiglio di Stato 5 dicembre 2022, n. 10624; Consiglio di Stato 8 luglio 2022, n. 5720.

¹⁰³ In tal senso v. TAR Lecce, Sez. I, 29 giugno 2022, n. 1075.

sufficiente a dimostrare il possesso dei requisiti di partecipazione e di esecuzione dell'appalto.

Il sistema di qualificazione dell'operatore economico

Il sistema di qualificazione è disciplinato, oltre che dall'articolo 100 del Codice, anche dall'Allegato II.12 (che riproduce in gran parte il testo del d. P.R. n. 207/2010).

La certificazione per l'esecuzione di lavori è rilasciata in base al possesso dei requisiti relativi alle categorie di opere generali (OG) e/o specialistiche (OS), suddivise per classi di importo. La qualificazione in una categoria abilita l'operatore economico a partecipare alle gare e a eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto. L'operatore economico può partecipare alla gara se è in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori oppure se è in possesso dei requisiti richiesti per la categoria prevalente e le categorie scorporabili per i singoli importi. I requisiti relativi alle categorie scorporabili (ossia alle lavorazioni di cui si compone l'opera) di cui l'impresa è priva, devono essere da questa posseduti con riferimento alla categoria prevalente.

I lavori da valutare ai fini della qualificazione sono quelli realizzati nei quindici anni antecedenti la data di sottoscrizione del contratto con la società di attestazione. La qualificazione ha una durata di cinque anni, con verifica del mantenimento dei requisiti entro il terzo anno.

La disciplina dell'Allegato II.12 ha carattere temporaneo in quanto è destinato ad essere sostituito da un Regolamento del Ministero dell'infrastrutture e dei trasporti che da un lato estenderà il sistema di qualificazione anche agli appalti di servizi e forniture e dall'altro disciplinerà gli organismi di diritto privato competenti a rilasciare la relativa attestazione di qualificazione (che sostituiranno le attuali Soa). Il nuovo regolamento conterrà inoltre la definizione delle tipologie per le quali è possibile una classificazione per valore, la procedura e le condizioni per il rilascio della qualificazione, nonché il regime sanzionatorio.

**Requisiti di
temporanea
qualificazione**

Per la qualificazione dell'operatore economico nelle procedure di appalto di servizi e forniture in via temporanea le stazioni appaltanti possono richiedere, come requisito di capacità tecnica professionale, di aver eseguito, nel precedente triennio dalla data di indizione della procedura, contratti analoghi a quello in affidamento, anche a favore di soggetti privati. Mentre, come requisito della capacità economica finanziaria, può essere richiesto un fatturato globale non superiore al doppio del valore dell'appalto, maturato nel triennio precedente a quello di indizione della procedura (nel caso di aggiudicazione in più lotti, il fatturato è richiesto per ciascun lotto, salvo diversa motivata decisione)¹⁰⁴.

La stazione appaltante non può prevedere ulteriori requisiti di partecipazione, salvo la richiesta di specifici impegni sociali. Si tratta di impegni volti a garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato, l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore nonché le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa. L'operatore economico deve indicare nell'offerta le modalità con le quali intende adempiere a tali impegni; la stazione appaltante verifica l'attendibilità solo nei confronti di quelli assunti da parte dell'aggiudicatario.

**Regole
speciali per
lavori di
grande
entità**

Regole speciali sono previste per la partecipazione a procedure di lavori di importo pari o superiori a 20 milioni di euro (articolo 103). In questi casi la stazione appaltante, in aggiunta ai requisiti di ordine speciale, può chiedere che la capacità economica finanziaria sia verificata attraverso la presentazione di certificati rilasciati da società di revisioni o altri soggetti preposti da cui emerga l'esposizione finanziaria alla data di partecipazione alla gara d'appalto. In alternativa la stazione appaltante può richiedere un volume d'affari in lavori pari a due volte l'importo a base di gara svolto nei migliori cinque anni dei dieci anni antecedenti alla data di pubblicazione del bando.

Per gli appalti di lavori di importo superiore a 100 milioni di euro, la stazione appaltante può richiedere di verificare la capacità professionale attraverso la presentazione dei certificati di esecuzione lavori rilasciati dalle relative stazioni appaltanti con riferimento all'esecuzione di lavori per entità e tipologie compresi nella categoria individuata come prevalente rispetto a quelli da appaltare.

¹⁰⁴ Questi requisiti sono applicabili fino all'adozione del Regolamento del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti che regolerà il nuovo sistema di qualificazione degli operatori economici.

L'avvalimento

Il mancato possesso da parte dell'operatore economico dei requisiti speciali, richiesti dal bando, non esclude la possibilità di partecipare alla procedura; questi infatti può usufruire, attraverso il contratto di avvalimento, delle capacità (dotazioni tecniche, risorse umane e strumentali) possedute da altri soggetti, c. d. impresa ausiliaria¹⁰⁵.

**Il contratto
di
avvalimento**

L'articolo 104 disciplina l'avvalimento richiamando quanto previsto dall'articolo 89 del decreto legislativo n. 50/2016 ma con l'introduzione di alcune novità derivanti da pronunce giurisprudenziali adottate a livello nazionale ed europeo.

Il contratto di avvalimento deve avere forma scritta a pena di nullità e deve specificatamente indicare le risorse messe a disposizione dell'operatore economico per tutta la durata dell'appalto. L'avvalimento è un contratto normalmente oneroso, ma non è esclusa la gratuità, nel caso in cui corrisponda a un interesse, anche non economico, dell'impresa ausiliaria.

Qualora il contratto di avvalimento sia volto ad acquisire il requisito necessario per partecipare a una procedura di appalto di lavori di importo superiore a 150.000 euro o di un appalto di servizi o forniture, il contratto deve avere ad oggetto le dotazioni e le risorse che, se possedute, sarebbero state idonee a far conseguire all'operatore economico l'attestazione di qualificazione richiesta. Se invece l'avvalimento è finalizzato a raggiungere requisiti non trasferibili relativi all'idoneità professionale (quali iscrizione nei registri pubblici o titoli di studio o professionali), l'impresa ausiliare dovrà svolgere in proprio la prestazione. In questo caso si applicano le disposizioni del subappalto¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Nel caso di appalti di lavori o di servizi e operazioni di posa in opera o installazioni nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere che taluni compiti essenziali, ad esempio opere per le quali sono necessari lavori di notevole contenuto tecnologico, siano direttamente svolti dall'offerente.

¹⁰⁶ Sulla disciplina del subappalto, v. par. 6.9

Focus 4 - L'avvalimento e il subappalto necessario

L'avvalimento e il subappalto hanno in comune la funzione di favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese, ma si differenziano per il momento in cui intervengono. L'avvalimento è un contratto stipulato per sopperire al mancato possesso di determinati requisiti di partecipazione alla procedura: esso si colloca quindi nella fase della gara. Il subappalto attiene invece alla fase di esecuzione, in quanto è volto a far svolgere a una diversa impresa una percentuale delle prestazioni oggetto del contratto pubblico.

Questa differenza si assottiglia nel caso del subappalto necessario, una figura particolare di subappalto che si avvicina all'avvalimento, con la quale condivide la funzione qualificante. Il subappalto necessario è un contratto che opera sin dalla fase iniziale della procedura: l'operatore economico, che intende partecipare alla procedura e non ha i requisiti necessari per l'esecuzione di una determinata prestazione, ne affida la sua esecuzione a un'impresa terza in possesso di quei requisiti, comunicandolo già in fase di partecipazione. La possibilità di ricorrere al subappalto necessario o all'avvalimento spesso dipende dal bando di gara. La stazione appaltante può infatti prevedere che sia sufficiente che l'aggiudicatario possieda i requisiti per l'esecuzione dei lavori appartenenti alla categoria prevalente, lasciando all'aggiudicatario la possibilità di affidare a terzi l'esecuzione dei lavori c.d. scorporabili. Se però i lavori scorporabili riguardano opere specialistiche per le quali è richiesta la qualificazione obbligatoria, l'aggiudicatario, privo della relativa qualificazione, è obbligato a subappaltarle a un soggetto abilitato. In questo caso il soggetto abilitato non "fornisce" il suo requisito al concorrente subappaltante, ma svolge direttamente la prestazione, nei confronti del quale dovrà verificarsi la sussistenza della qualificazione per le prestazioni ad esso affidate (Consiglio di Stato sez. V, 23 settembre 2022, n. 8223).

Il contratto di avvalimento deve essere allegato alla domanda di partecipazione e deve indicare lo scopo per il quale è stato concluso: acquisire un requisito di partecipazione non posseduto (cd. avvalimento puro) o migliorare la propria offerta (c.d. avvalimento premiale).

L'utilizzo dell'avvalimento anche quando il concorrente è già in possesso dei requisiti di partecipazione richiesti dal bando è una novità introdotta dal Codice e ripresa dagli

orientamenti giurisprudenziali che, entro precisi limiti, riconoscevano la finalità premiale dell'istituto¹⁰⁷.

Nodi da sciogliere

Il superamento dell'originario divieto dell'avvalimento meramente premiale, cioè, finalizzato esclusivamente alla maggiore valorizzazione dell'offerta, comporta alcune incertezze sulle modalità di comunicazione alla stazione appaltante dell'esistenza di tale contratto.

L'articolo 104 impone infatti all'operatore economico di allegare il contratto di avvalimento, in originale, alla domanda di partecipazione insieme agli altri documenti attestanti il possesso dei requisiti speciali richiesti. In presenza di un contratto di avvalimento premiale (il cui contenuto riguarda essenzialmente la prestazione oggetto dell'offerta) o nel caso di avvalimento misto (puro e premiale), allegare il contratto alla domanda di partecipazione comporterebbe uno svelamento anticipato delle caratteristiche dell'offerta stessa, in violazione del principio della par condicio tra i concorrenti. Sul punto la nuova disposizione sembra non aver tenuto conto che l'avvalimento premiale non attiene alla verifica del possesso dei requisiti di gara, già posseduti in proprio dall'impresa ausiliata, ma alle caratteristiche dell'offerta. Opportunamente l'ANAC, nell'ambito della consultazione della domanda tipo di partecipazione, ha precisato che il contratto di avvalimento premiale va presentato nell'offerta tecnica. Nel caso di avvalimento misto, le parti dovranno stipulare due distinti contratti di avvalimento, uno per il requisito di partecipazione e l'altro per il prestito dei requisiti premiali. Quest'ultimo contratto va presentato nell'offerta tecnica. Tuttavia, anche questa soluzione sembra non tener conto dell'orientamento

¹⁰⁷ Secondo il Consiglio di Stato, la concreta funzione del contratto di avvalimento derivante dalla giurisprudenza europea che lo ha per primo ammesso (Corte di Giustizia 14 aprile 1994, C-389/92, sentenza Ballast Nedam Groep I) è quella di dotare un operatore economico (che ne è sprovvisto) dei requisiti economico-finanziari, delle risorse professionali e dei mezzi tecnici necessari per partecipare a una procedura di gara. Tuttavia, il Consiglio di Stato ha riconosciuto, entro precisi limiti, uno spazio anche all'avvalimento premiale. Al fine di evitare che l'avvalimento, da strumento pro-concorrenziale si trasformi in mero artificio per incrementare il punteggio attribuito all'offerta tecnica, i giudici amministrativi ritengono necessario verificare il tipo di apporto che l'impresa ausiliaria fornisce al concorrente. Se questo è di tipo operativo, cioè, consiste nel prestito di mezzi, attrezzature, risorse e personale, esso può essere valutato ai fini del punteggio dell'offerta tecnica; se invece l'avvalimento premiale ha ad oggetto il prestito di esperienze pregresse, esso deve essere escluso. In quest'ultimo caso l'avvalimento rappresenterebbe soltanto un escamotage per l'incremento del punteggio, in violazione del principio di par condicio tra i concorrenti. Al maggior punteggio, infatti non corrisponderebbe una reale ed effettiva maggiore qualificazione (Consiglio di Stato 25 marzo 2021, n. 2526; Tar Lazio -Roma, 1° aprile 2021, n. 3929; Tar Palermo 25 luglio 2022, n. 2378).

giurisprudenziale che ammette la possibilità di stipulare un unico contratto di avvalimento avente duplice funzione¹⁰⁸.

In caso di avvalimento, il divieto per l'impresa ausiliaria e per quella ausiliata, di partecipazione alla stessa procedura – previsto dalla precedente disciplina - è limitato soltanto ai casi di avvalimento premiale (articolo 104, comma 12)

Non è possibile utilizzare l'avvalimento per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali né per i contratti concernenti i beni culturali (articolo 104, comma 10 e articolo 132).

**Gli obblighi
della
impresa
ausiliaria**

L'impresa ausiliaria deve dichiarare di essere in possesso dei requisiti generali e speciali richiesti per i servizi e le forniture nonché di impegnarsi, verso l'operatore economico e verso la stazione appaltante, a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse oggetto del contratto di avvalimento¹⁰⁹. La stazione appaltante consente all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano i requisiti richiesti o per i quali sussistono motivi di esclusione.

L'operatore economico e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto di avvalimento. Il contratto d'appalto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara alla quale verrà rilasciato il relativo certificato di esecuzione.

Nel corso dell'esecuzione dell'appalto, la stazione appaltante, tramite il RUP, può verificare che le prestazioni oggetto dell'avvalimento siano svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria.

¹⁰⁸ Sul punto si rinvia a ASSONIME, *Risposta alla consultazione ANAC sulla domanda di partecipazione tipo*, Cons. n. 25/2023

¹⁰⁹ In caso di dichiarazioni mendaci, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'ANAC che, se ritiene siano rese con dolo o colpa grave, dispone l'iscrizione nel casellario informatico.

5.8 La reputazione dell'impresa

Tra le informazioni valutabili ai fini della selezione dell'offerta, il nuovo Codice attribuisce rilievo alla reputazione dell'impresa, cioè all'affidabilità e alla capacità dell'operatore economico ad eseguire la prestazione¹¹⁰.

L'articolo 109, riprendendo e innovando la previsione contenuta nel decreto legislativo n. 50/2016, istituisce un apposito sistema digitale di monitoraggio delle prestazioni, che sarà curato e gestito dall'ANAC, volto a misurare la reputazione dell'operatore economico, attraverso le sue *past performance*. In base alla norma, gli indicatori da considerare ai fini della misurazione devono essere di tipo qualitativo e quantitativo, oggettivi e misurabili. Essi devono basarsi su accertamenti definitivi che esprimono l'affidabilità dell'impresa in fase esecutiva e il rispetto della legalità e degli obiettivi di sostenibilità e responsabilità sociale.

**Il sistema di
monito-
raggio
digitale delle
prestazioni**

La definizione in concreto degli elementi del monitoraggio e delle modalità di applicazione del sistema sono demandate all'ANAC, la quale dovrà provvedere bilanciando il requisito reputazionale con il mantenimento dell'apertura del mercato e il principio del *favor participationis*¹¹¹. La misurazione della reputazione non potrà introdurre ulteriori elementi di valutazione relativi alla 'meritevolezza' dell'operatore che potrebbero risultare in contrasto con il diritto europeo.

¹¹⁰ Il sistema di misurazione della reputazione d'impresa riprende e semplifica il meccanismo del rating di impresa previsto dall'articolo 83, comma 10 del decreto legislativo n. 50/2016. Questo aveva destato problemi in fase di attuazione, in quanto creava un sistema ibrido a metà tra un criterio di selezione e un criterio premiale. L'articolo 83, comma 10 inseriva il rating d'impresa tra i criteri di selezione dell'offerta. Esso si basava su indici qualitativi e quantitativi che sostanzialmente esprimevano l'affidabilità dell'impresa, affiancandosi quindi ai requisiti soggettivi richiesti in fase di qualificazione dell'impresa. D'altro canto, l'articolo 95, comma 6, consentiva di considerare, tra gli elementi di valutazione dell'offerta secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, anche l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale utilizzato nell'appalto, nonché di attribuire un punteggio premiale in relazione al maggior rating d'impresa posseduto.

¹¹¹ Sul punto il Consiglio di Stato 24 gennaio 2020, n. 611 ritiene che "una commistione tra requisiti di carattere soggettivo ed aspetti oggettivi delle offerte è giustificato dall'esigenza (...) che i criteri di aggiudicazione assicurino 'una concorrenza effettiva' e che (...) siano rispettati i principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento. Le esigenze di effettiva concorrenzialità ed i principi generali impongono che la selezione avvenga per quanto possibile su basi oggettive e che, per contro, i criteri di aggiudicazione non siano preconfezionati in modo di assicurare un vantaggio ad un singolo operatore economico a prescindere dai contenuti delle offerte destinate ad essere presentate nella gara, ovvero che si determinino 'asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo'".

A tal fine, occorre considerare che la valutazione di ulteriori requisiti e capacità dell'offerente, debbano essere proporzionali e attinenti all'oggetto del contratto da aggiudicare.

Si tratta quindi di un sistema utile all'amministrazione aggiudicatrice, tenuta a compiere la scelta migliore per il soddisfacimento dell'interesse pubblico. D'altro canto, l'applicazione di tale sistema costituisce anche un incentivo per gli operatori economici al rispetto del principio del risultato, della buona fede e dell'affidamento. Il *rating* di impresa potrebbe rappresentare una spinta per l'impresa a eseguire il contratto nel modo più efficiente ed economico possibile, evitando che, una volta aggiudicato l'appalto, l'aggiudicatario possa assumere comportamenti opportunistici in fase di esecuzione. Il rating d'impresa diventa quindi un efficace mezzo di controllo ex post dell'esecuzione del contratto.

6. Il ciclo di vita del contratto

6.1 Il nuovo ruolo del RUP

Il Codice attribuisce un ruolo centrale al RUP, la cui figura viene profondamente valorizzata sin dalla modifica della denominazione che da responsabile unico del procedimento diviene responsabile unico del progetto. Questa innovazione è tesa a sottolineare che la responsabilità assunta dal RUP non riguarda uno o più procedimenti, ma l'intero progetto, sin dalla sua fase di programmazione. Il principio di unicità della responsabilità va quindi riferito all'insieme dei procedimenti, diversi e autonomi, volti alla realizzazione dell'intervento pubblico.

Il RUP è nominato dal responsabile dell'unità organizzativa titolare del potere di spesa presso la stazione appaltante o l'ente concedente. Esso è individuato tra i dipendenti, anche non aventi la qualifica dirigenziale, purché in possesso dei requisiti e competenze adeguate all'incarico affidato (articolo 15). In particolare, l'allegato I.2 prevede che le funzioni di RUP non possono essere assunte da soggetti condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati contro la pubblica amministrazione di cui al Capo I, titolo II del Libro II del codice penale, quali ad esempio peculato, malversazione, concussione, corruzione, abuso d'ufficio, rifiuto di atti d'ufficio.

Inoltre, l'allegato indica i requisiti di professionalità di cui il RUP deve essere in possesso a seconda della tipologia e della complessità della procedura, distinguendo tra appalti, concessioni e servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura, e contratti di servizi e

forniture. In caso di mancata nomina, l'incarico è svolto dal responsabile dell'unità organizzativa titolare del potere di spesa.

Il nominativo del RUP deve essere indicato nei documenti di gara (bando o avviso di indizione della gara, invito a presentare un'offerta e provvedimento di aggiudicazione).

Ferma restando l'unicità della responsabilità, la stazione appaltante o ente concedente può scegliere di nominare un responsabile per la fase di programmazione e di progettazione, e un responsabile per la fase di affidamento. Questa soluzione offre il vantaggio di evitare un'eccessiva concentrazione di funzioni in capo al RUP, delegando ad altri lo svolgimento dei compiti che hanno natura più operativa. Ai fini del riparto delle responsabilità, i responsabili di fase rispondono dei compiti loro affidati, mentre al RUP sono attribuite le responsabilità derivanti dagli obblighi di supervisione, coordinamento, indirizzo e controllo.

Il RUP ha l'obbligo di assicurare la realizzazione dell'intervento pubblico nei tempi previsti e nel rispetto degli obiettivi connessi al suo incarico.

I compiti del RUP

L'allegato I.2 individua nel dettaglio sia i compiti comuni a tutti i contratti e le fasi della procedura sia i compiti specifici svolti per la fase di affidamento e per la fase di esecuzione. In particolare, il RUP:

- formula proposte al fine della predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e degli acquisti di beni e servizi;
- propone alla stazione appaltante la conclusione di accordi di programma;
- indice la conferenza di servizi;
- decide i sistemi di affidamento, la tipologia del contratto da stipulare e il criterio di aggiudicazione.

Nella fase di affidamento, il RUP tra l'altro:

- svolge la verifica di congruità delle offerte in caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso;
- dispone le esclusioni dalle gare;
- può adottare il provvedimento finale della procedura.

Nel caso di esecuzione dei contratti di lavori, il RUP ad esempio:

- impartisce al direttore dei lavori le istruzioni occorrenti a garantire la regolarità dell'esecuzione;
- vigila, insieme al direttore dei lavori, sul rispetto degli oneri della sicurezza relativi alle prestazioni affidate in subappalti;
- autorizza le modifiche dei contratti di appalto in corso di esecuzione anche su proposta del direttore dei lavori;
- approva i prezzi relativi a nuove lavorazioni originariamente non previste;
- irroga le penali per il ritardato adempimento degli obblighi contrattuali;
- propone la risoluzione del contratto nei casi previsti;
- rilascia il certificato di esecuzione dei lavori.

La struttura a supporto del RUP

Nei casi di appalti di particolare complessità che richiedono competenze altamente specialistiche, la stazione appaltante o l'ente concedente può istituire una struttura stabile a supporto del RUP, destinando risorse finanziarie non superiori all'1 per cento del valore del contratto¹¹², per l'assegnazione, mediante affidamento diretto, di incarichi

¹¹² La struttura di supporto può essere istituita anche in comune fra più stazioni appaltanti.

di assistenza. A riguardo va osservata un'incertezza applicativa, poiché nei casi di appalti di notevoli dimensioni l'1 per cento del valore del contratto potrebbe superare la soglia prevista, in via generale, per gli affidamenti diretti.

6.2 La programmazione e la progettazione

Il ciclo di vita del contratto pubblico inizia con le fasi della programmazione e della progettazione che, naturalmente precedono la fase di affidamento del contratto stesso.

In particolare, la fase della programmazione è disciplinata dalla Parte III del Libro I (artt. 37-40); mentre la successiva Parte IV è dedicata alla progettazione (artt. 41-46).

I piani di programmazione

Il presupposto per avviare le procedure dell'approvvigionamento pubblico è l'individuazione delle esigenze della collettività che l'amministrazione intende soddisfare mediante il ricorso al mercato. Queste sono indicate in due distinti programmi triennali: il programma dei lavori pubblici e il programma degli acquisti di beni e servizi¹¹³.

**Programma
dei lavori e
programma
degli acquisti**

Sia le stazioni appaltanti sia gli enti concedenti (con esclusione dei soggetti aggregatori e delle centrali di committenza) devono adottare entrambi i programmi, in coerenza con il bilancio e, per gli enti locali, nel rispetto della normativa sulla programmazione economica finanziaria e sui principi contabili.

In particolare, il programma triennale dei lavori pubblici (e gli aggiornamenti annuali) contiene l'elenco dei lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro da realizzare anche tramite concessioni o partenariato pubblico privato. Quelli di importo superiori alla soglia europea possono essere inseriti nel programma dopo l'approvazione del documento di fattibilità delle alternative progettuali, salvo che non si tratti di lavori di manutenzione ordinaria.

Il programma triennale degli acquisti di beni e servizi contiene invece l'elenco degli acquisti di importo superiore a 140.000 euro.

¹¹³ L'arco temporale del programma degli acquisti di beni e servizi è stato allungato (da due a tre anni) per allineare la durata di tale programmazione a quella dei lavori nonché agli altri atti di programmazione economica finanziaria predisposti dai soggetti pubblici (Documento unico di programmazione e bilancio di previsione).

**I due livelli
di progetta-
zione**

Per quanto riguarda i lavori, oltre al programma triennale, deve essere approvato l'elenco annuale delle opere da avviare entro l'anno con l'indicazione, per ciascuna di esse, della fonte di finanziamento stanziata nello stato di previsione o nel bilancio.

La disciplina di dettaglio su come elaborare i programmi triennali (ad es. schemi tipo, specificazione delle fonti di finanziamento, condizioni di modificabilità della programmazione e modalità di raccordo con la pianificazione dei soggetti aggregatori e delle centrali di committenza) è contenuta nell'allegato I.5.

La progettazione

Individuati i bisogni della collettività, la realizzazione dei lavori pubblici avviene su due livelli successivi di approfondimenti tecnici: il progetto di fattibilità tecnico-economica (PFTE) e il progetto esecutivo¹¹⁴.

L'allegato I.7 stabilisce il contenuto minimo che devono avere i due livelli di progettazione. Esso non si discosta da quanto previsto dalla normativa precedente. In particolare, viene precisato che il PFTE deve individuare, tra le possibili soluzioni, quella che esprime il migliore rapporto tra costi e benefici per la collettività, prevedere la possibilità di utilizzare metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni, contenere tutti gli elementi necessari per il rilascio delle autorizzazioni e approvazioni prescritte. Il progetto esecutivo invece, in coerenza con il progetto di fattibilità tecnico economica deve sviluppare un livello di definizione degli elementi più dettagliato, con l'indicazione ad esempio della qualità, del tempo e dei costi di realizzazione. Gli oneri della progettazione gravano sulle disponibilità finanziarie della stazione appaltante o dell'ente concedente e comprendono anche la direzione dei lavori, la vigilanza, i collaudi, le prove, i controlli e i piani di sicurezza.

Durante la fase della progettazione, la stazione appaltante o l'ente concedente deve verificare la coerenza con le esigenze espresse nel documento d'indirizzo, in particolare la verifica di compatibilità del PFTE deve essere completata prima dell'avvio della procedura di affidamento, mentre quella del progetto esecutivo redatto dall'aggiudicatario, deve essere effettuata prima dell'inizio dei lavori. La verifica, se

¹¹⁴ In attuazione di uno specifico criterio della legge delega, il Codice ha introdotto una riduzione degli attuali livelli di progettazione (da tre a due a due), eliminando il progetto definitivo.

positiva, assolve a tutti gli obblighi di deposito e di autorizzazione per le costruzioni in zone sismiche nonché di denuncia dei lavori all'ufficio del genio civile¹¹⁵.

La progettazione di servizi e forniture è invece articolata in un unico livello. Il contenuto minimo del progetto, che dovrà essere elaborato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, è definito nell'Allegato I.7.

La progettazione di servizi e forniture

Il progetto esecutivo può essere affidato anche insieme all'esecuzione dei lavori, sulla base del progetto di fattibilità tecnica e economica approvato, mediante la procedura di appalto integrato, disciplinata nell'articolo 44. Viene così definitivamente superato il divieto di appalto integrato, previsto dal Codice del 2016¹¹⁶.

Nel caso dell'appalto integrato, la stazione appaltante (o l'ente concedente) deve essere qualificata e tener conto del rischio di eventuali scostamenti di costo nella fase esecutiva rispetto a quanto contrattualmente previsto. D'altro canto, anche l'operatore economico che intende partecipare a un appalto integrato deve possedere i requisiti prescritti per i progettisti, oppure deve avvalersi di progettisti qualificati da segnalare in sede di offerta. Nell'offerta va inoltre indicato distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione e per l'esecuzione dei lavori.

L'appalto integrato

Al fine di aumentare il livello di efficienza nella realizzazione delle opere, il Codice ha previsto l'utilizzo di strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni (cd. *Building Information Modelling*). Questa metodologia ha il vantaggio di ridurre il rischio di insuccesso nella progettazione di grandi opere infrastrutturali, in quanto consente una migliore gestione della complessità organizzativa, gestionale e tecnica del progetto. Questo nuovo metodo digitale di progettazione e realizzazione di grandi opere si basa infatti sulla creazione di *digital twins* (o gemelli digitali) che, fornendo ed elaborando informazioni e dati dinamici relativi alle 7D (le tre dimensioni geometriche, i tempi, i costi, la manutenzione e la sostenibilità), garantiscono il minor margine di modificabilità delle decisioni assunte durante la fase progettuale.

Strumenti di gestione informativa digitale (BIM)

L'utilizzo di sistemi informatici per la gestione delle informazioni è obbligatorio a partire dal 1° gennaio 2025 per la progettazione e la realizzazione di opere di nuova costruzione

¹¹⁵ I contenuti e le modalità di svolgimento della verifica della progettazione nonché i soggetti che vi provvedono sono indicati nell'Allegato I.7.

¹¹⁶ Il divieto di appalto integrato era stato oggetto di sospensione fino al 30 giugno 2023 per effetto dell'art. 1, comma 1, lett. b) della l. n. 55/2019, come modificata dall'art. 8, comma 7 del decreto-legge n. 76/2020, e per effetto del differimento previsto dall'art. 52, comma 1, lett. a) del decreto-legge n. 77/2021. Cfr. circolare Assonime n. 38/2021.

e per gli interventi su costruzioni preesistenti per importo a base di gara superiore a 1 milione di euro. Sono esclusi gli interventi di manutenzione (ordinaria e straordinaria), salvo che non riguardino opere già trattate con tale metodologia.

Fuori dai casi in cui il BIM è obbligatorio, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono comunque richiedere di adottare tale strumento, eventualmente prevedendo nella documentazione di gara un punteggio premiale.

L'allegato I.9 definisce le modalità e i termini di adozione di tali strumenti quali requisiti tecnici delle piattaforme informatiche utilizzabili, comprese le regole per la loro interoperabilità, e le misure organizzative e di formazione del personale che le stazioni appaltanti dovranno adottare per operare sulla base di un progetto interamente digitalizzato.

L'approvazione del progetto

L'approvazione dei progetti da parte delle amministrazioni pubbliche è effettuata in conformità alle regole generali sul procedimento amministrativo (legge n. 241/1990) e alle disposizioni speciali che regolano la materia.

L'articolo 38 prevede che la stazione appaltante o l'ente concedente devono convocare una conferenza di servizi tra tutte le amministrazioni interessate al progetto, per approvare il PFTE e definire la localizzazione dell'opera¹¹⁷: la Conferenza dei servizi si svolge secondo le modalità previste dall'articolo 14-bis della legge n. 241/1990.

Per le opere di interesse statale, contestualmente alla conferenza di servizi, la stazione appaltante o l'ente concedente deve trasmettere il PFTE al Consiglio superiore dei lavori pubblici (o provveditorato interregionale per le opere pubbliche) ai fini del rilascio del parere, entro i successivi 45 giorni. Se sono state ravvisate cause ostative al rilascio del parere favorevole, entro 15 giorni dalla ricezione, il progetto è restituito al richiedente con l'indicazione delle modifiche o integrazioni necessarie. La stazione appaltante o l'ente concedente ha 15 giorni di tempo per modificare il progetto in conformità alle richieste. Il parere definitivo è rilasciato entro 20 giorni dalla ricezione del progetto modificato. Al fine di accelerare la procedura di rilascio del parere, viene introdotta la

¹¹⁷ La procedura descritta nell'articolo 38 si applica anche alle opere di interesse pubblico disciplinate dal Codice dell'ambiente, se riguardano la concessione e la gestione di opere pubbliche oppure la concessione di servizi pubblici con opere da realizzare da parte del concessionario. Non si applica invece alle opere pubbliche di interesse statale e locale, se è stata già accertata la conformità del progetto di fattibilità tecnica ed economica alla pianificazione urbanistica e alla regolamentazione edilizia.

regola del silenzio assenso: decorsi 45 giorni dalla ricezione del progetto di fattibilità tecnica ed economica o 20 giorni dal progetto di fattibilità modificato, il parere si intende reso in senso favorevole.

Per evitare ritardi procedurali, contestualmente all'invio del PFTE al Consiglio superiore dei lavori pubblici (o provveditorato interregionale delle opere pubbliche), la stazione appaltante o l'ente concedente deve trasmettere tale progetto anche alle autorità competenti per la verifica preventiva dell'interesse archeologico e la valutazione di impatto ambientale. Sia il parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici (o provveditorato interregionale delle opere pubbliche) sia la verifica preventiva di interesse archeologico e la VIA, nonché l'esito dell'eventuale dibattito pubblico sono valutati nel corso della conferenza di servizi.

La conferenza di servizi deve concludersi entro 60 giorni dalla convocazione, con la possibilità di una proroga di massimo 10 giorni, in caso di richiesta da parte delle amministrazioni preposte alla tutela degli interessi qualificati (tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, beni culturali o tutela della salute e della pubblica incolumità dei cittadini). La decisione finale è adottata entro i cinque giorni dalla scadenza del termine massimo. Essa rileva ai fini della conformità urbanistica e paesaggistica del progetto, della risoluzione delle interferenze e delle relative opere mitigatrici e compensatrici. Comprende il provvedimento di VIA e gli altri titoli abilitativi necessari. Si considera acquisito l'assenso da parte dell'amministrazione assente o che non si è espressa nel termine di conclusione della conferenza oppure che abbia espresso un dissenso non motivato e senza indicazioni delle misure volte a superare la contrarietà alla realizzazione dell'opera.

Disposizioni particolari sono previste per la programmazione e la progettazione di infrastrutture strategiche e di preminente interesse nazionale (articolo 39). Tali infrastrutture sono così qualificate con delibera del Consiglio dei Ministri e sono inserite nel Documento di economia e finanza. L'approvazione dei relativi progetti segue tempistiche ridotte alla metà rispetto a quelle previste per le opere ordinarie e in particolare 30 giorni per il parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici o del provveditorato interregionale alle opere pubbliche e 45 giorni, non prorogabili, per la conclusione della conferenza di servizi. Inoltre, l'esame è svolto da un comitato speciale costituito presso il Consiglio superiore dei lavori pubblici. Infine, nel caso di dissenso qualificato espresso in sede di conferenza di servizi, è previsto il potere sostitutivo del presidente del Consiglio dei Ministri che decide con decreto su proposta del Ministro

**Infrastrutture
strategiche
e di
preminente
interesse
nazionale**

delle infrastrutture e trasporti, previa deliberazione del CIPESS, integrato dai Presidenti delle Regioni, sentita la conferenza unificata.

**Il dibattito
pubblico**

Al fine di rendere le scelte dell'amministrazione più confacenti ai bisogni della collettività, evitando situazioni di conflitti tra i diversi livelli territoriali coinvolti, il Codice, all'articolo 40, ha previsto che la stazione appaltante o l'ente concedente possono indire un dibattito pubblico sulla realizzazione dell'intervento¹¹⁸.

Il dibattito pubblico è un momento essenziale della fase di progettazione, in quanto è volto a garantire il coinvolgimento delle collettività locali nelle scelte di localizzazione e realizzazione delle opere ritenute più importanti per la vita della società.

Le modalità di svolgimento del dibattito pubblico e le soglie dimensionali per le tipologie di opere da sottoporre obbligatoriamente al dibattito pubblico (ad esempio autostrade e strade extraurbane, tronchi ferroviari, aeroporti, porti, interporti, elettrodotto aerei, infrastrutture a uso sociale, culturale, sportivo, scientifico o turistico, insediamenti industriali e infrastrutture energetiche, ecc.) sono indicate nell'Allegato I.6 che riprende le previsioni contenute nel decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 10 maggio 2018, n. 76, adottato in attuazione dell'articolo 22 del decreto legislativo n. 50/2016, conseguentemente abrogato. Per le opere al di fuori di quelle indicate dall'Allegato I.6, l'avvio di una procedura di dibattito pubblico è una facoltà per la stazione appaltante o l'ente concedente, qualora ne ravvisi l'opportunità in relazione all'impatto sociale e ambientale del progetto.

Sono espressamente escluse dal dibattito pubblico: le opere nel settore della difesa e della sicurezza e relative alla protezione civile; gli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria, i restauri, gli adeguamenti tecnologici e completamenti e le opere già sottoposte a procedure preliminari di consultazione pubblica sulla base di norme europee.

**Procedura e
tempi del
dibattito
pubblico**

Per dare avvio alla procedura, la stazione appaltante o l'ente concedente pubblica sul suo sito istituzionale una relazione contenente il progetto dell'opera e l'analisi di eventuali alternative. Entro 60 giorni, le amministrazioni interessate nonché i portatori di interessi diffusi possono presentare le proprie osservazioni. La procedura del dibattito pubblico deve concludersi entro massimo 120 giorni dalla pubblicazione del progetto sul sito istituzionale. Gli esiti del dibattito sono valutati dalla stazione appaltante o ente

¹¹⁸ La disciplina dell'articolo 40 non si applica al dibattito pubblico afferente agli interventi finanziati con le risorse del PNRR e del PNC; in questi casi continua ad applicarsi la normativa prevista dall'articolo 44 del decreto-legge n. 77/2021. Sul punto cfr. circolare Assonime n. 32/2021.

concedente ai fini dell'elaborazione del livello successivo di progettazione, e sono contenuti in una relazione insieme con la descrizione sintetica delle proposte e osservazioni ricevute nonché l'eventuale indicazione di quelle accolte.

La normativa di dettaglio sullo svolgimento del dibattito pubblico e sulle modalità di partecipazione è contenuta nell'Allegato I.6.

Il Consiglio superiore dei lavori pubblici

Nella procedura di approvazione del progetto un ruolo decisivo è svolto dal Consiglio superiore dei lavori pubblici, al quale è affidata una funzione consultiva sulla realizzabilità dell'intervento pubblico. L'articolo 47 ridisegna la sua organizzazione e il suo funzionamento¹¹⁹.

In particolare, sono indicati i casi in cui è richiesto un parere obbligatorio e quelli per i quali il parere è solo facoltativo. Il Consiglio dei lavori pubblici esprime parere obbligatorio esclusivamente sui PFTE di competenza statale, dei concessionari statali e sulle altre opere finanziate per almeno il 50 per cento dallo Stato. Mentre esprime pareri facoltativi sui documenti di fattibilità delle alternative progettuali inserite nei documenti di programmazione pluriennale dei ministeri competenti.

**I pareri del
Consiglio
superiore
dei lavori
pubblici**

In ogni caso il parere è reso solo se il costo dell'opera è superiore a 200 milioni di euro per le infrastrutture lineari (quali strade, ferrovie, linee elettriche ad alta tensione e gasdotti) e 50 milioni di euro negli altri casi.

Il parere deve essere espresso entro 45 giorni dalla trasmissione del progetto; decorso tale termine il parere si intende espresso in senso favorevole.

La disciplina di dettaglio sull'organizzazione, sulle competenze e sulle regole di funzionamento del Consiglio superiore dei contratti pubblici è contenuta nell'Allegato I.11.

L'articolo 47 disciplina anche i casi in cui il parere è richiesto ai Comitati tecnici amministrativi presso i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche. In questi casi il parere è obbligatorio per le opere di competenza statale, dei concessionari statali e delle altre opere finanziate per almeno il 50 per cento dallo Stato se il costo complessivo

¹¹⁹ L'articolo 226, comma 3 lettera c) abroga il dpr 27 aprile 2006, 204 recante il regolamento di riordino del Consiglio superiore dei lavori pubblici. Ricordiamo che il decreto-legge n. 77/2021 ha già previsto una normativa semplificata per gli interventi finanziati con le risorse del PNRR o del PNC, riducendo i casi in cui il parere è obbligatorio.

dell'opera è superiore a 25 milioni di euro e inferiore a 200 milioni di euro per le infrastrutture lineari, oppure è superiore a 25 milioni di euro e inferiore a 50 milioni di euro, per gli altri casi. Il parere è facoltativo sui PFTE di opere di competenza statale, dei concessionari statali e delle altre opere finanziate almeno per il 50 per cento dallo Stato, se il costo complessivo è inferiore a 25 milioni di euro.

6.3 Le procedure di scelta del contraente

Per selezionare il soggetto al quale affidare l'esecuzione del contratto pubblico la stazione appaltante è tenuta a rispettare specifici obblighi procedurali, a partire dalla scelta della procedura di affidamento.

In linea con le direttive europee, l'articolo 7 riconosce il principio di auto-organizzazione in base al quale le pubbliche amministrazioni sono libere di scegliere il modo migliore per soddisfare le esigenze della collettività. Esse possono decidere se ricorrere all'auto-produzione (o affidamento in house o *in house providing*), alla cooperazione con le altre amministrazioni oppure all'esternalizzazione, mediante l'affidamento a terzi.

Queste forme sono poste, almeno astrattamente, sullo stesso piano.

L'affidamento in house

In virtù del principio di auto-organizzazione, il contratto per l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi può essere affidato a una società *in house*, senza indire una procedura competitiva. Il superamento delle regole sulla concorrenza è giustificato dalla particolare situazione in cui si trova la società *in house* rispetto all'amministrazione pubblica. Si tratta di un rapporto talmente stretto tra i due soggetti che viene a mancare il carattere della terzietà: la società in house, pur assumendo la veste formale di soggetto terzo, nella sostanza rappresenta un'articolazione dell'amministrazione stessa.

I presupposti in presenza dei quali può dirsi sussistente il rapporto in house sono stati individuati, a partire dal 1999, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e in seguito recepiti dal diritto europeo e dal diritto nazionale¹²⁰.

¹²⁰ Le condizioni in presenza delle quali è consentito il ricorso all'in house providing sono state individuate dalla Corte di Giustizia, in particolare con la sentenza TecKal del 18 novembre 1999 in causa C-107/98, con la sentenza Parking Brixen del 13 ottobre 2005 in causa C-458/2003, con la sentenza Standt Halle dell'11 gennaio 2005 in causa C-26/03 e con la sentenza Carbotermo dell'11 maggio 2006 in causa C-340/04. Gli indirizzi giurisprudenziali sono stati positivizzati dal diritto europeo, in particolare nell'articolo 17 della

Esiste il rapporto in house quando:

- il capitale della società è interamente pubblico, senza possibilità che soci privati possano partecipare al capitale, neanche in misura marginale¹²¹;
- l'amministrazione affidante esercita sulla società il cd. controllo analogo, cioè, ha un'influenza determinante sia su obiettivi strategici sia su decisioni significative della società controllata¹²²; il controllo analogo può essere esercitato anche da più amministrazioni (cd. controllo analogo congiunto);
- almeno l'80 per cento del fatturato della società deve derivare dallo svolgimento dei compiti affidati dal soggetto pubblico.

Il Codice, seguendo una linea di maggiore aderenza alle direttive europee, non considera più l'affidamento in house una situazione eccezionale, giustificata da peculiari condizioni che non permettono il ricorso al mercato, ma un'ipotesi di affidamento del contratto parificata alle altre procedure di aggiudicazione. Pertanto, l'articolo 7 semplifica il ricorso agli affidamenti in house rispetto a quanto previsto dalla normativa precedente prevedendo un diverso onere motivazionale, in base allo specifico oggetto del contratto¹²³.

**Obblighi di
motivazione**

Per affidare direttamente a società in *house* contratti di lavori o forniture, l'articolo 7 richiede una motivazione in cui si dia conto dei vantaggi della collettività, delle connesse

direttiva 2014/23/UE (direttiva concessioni), nell'articolo 12 della direttiva 2014/24/UE (direttiva appalti nel settore ordinario), nell'articolo 28 della direttiva 2014/25/UE (direttiva appalti settori speciali). La normativa europea è stata recepita a livello nazionale dall'articolo 5, del decreto legislativo n. 50/2016 e dall'articolo 16 del decreto legislativo n. 175/2016 (testo unico delle società pubbliche). Sulle indicazioni operative per la costituzione di società in house, v. ANAC – CNN, Vademecum per le società in house, 27 maggio 2022.

¹²¹ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V 28 settembre 2009, n. 5814 secondo cui la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale esclude il controllo analogo e rende impraticabile l'affidamento diretto del servizio.

¹²² La Commissione europea ha chiarito che perché sussista il controllo analogo non è sufficiente il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societario. Occorre, invece, che il soggetto pubblico eserciti un potere assoluto di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività della società. In virtù di tale rapporto il soggetto partecipato, non possedendo alcuna autonomia decisionale in relazione ai più importanti atti di gestione, si configura come un'entità distinta solo formalmente dall'amministrazione, che in concreto continua a costituire parte di essa. Cfr. Commissione europea, lettera di costituzione in mora contro lo Stato italiano del 26 giugno 2002, C (2002)2329.

¹²³ Si ricorda che in base all'articolo 192 del decreto legislativo n. 50/2016, qualora la stazione appaltante avesse voluto ricorrere all'affidamento in house per la stipulazione di un contratto avente servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, era tenuta ad effettuare una previa valutazione sulla congruità economica dell'offerta presentata dai soggetti in house, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della scelta di tale forma di gestione, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.

esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche. Nel caso di prestazioni di servizi strumentali¹²⁴ invece la motivazione del provvedimento di affidamento in house, è più snella in quanto è sufficiente dar conto soltanto dei vantaggi che tale scelta comporta in termini di economicità, celerità o perseguimento di interessi strategici, rispetto alla procedura competitiva. I vantaggi di economicità possono essere motivati anche mediante comparazione con gli standard di riferimento della società Consip o altre centrali di committenza, con i parametri ufficiali elaborati da altri enti regionali, nazionali o esteri oppure, in mancanza, con gli standard di mercato.

Per l'affidamento in house dei servizi di interesse economico generale di livello locale si applicano le regole del decreto legislativo n. 201/2011 che richiedono una motivazione qualificata sulla situazione di fallimento del mercato e, nel caso di servizi pubblici a rete, anche l'onere di allegare alla delibera di affidamento, il piano economico finanziario asseverato¹²⁵.

La cooperazione

Un'altra modalità attraverso cui le pubbliche amministrazioni possono realizzare i fabbisogni della collettività è la cooperazione. Si tratta di accordi tra amministrazioni pubbliche, caratterizzati dal perseguimento di obiettivi di interesse comune e basati sul principio di leale collaborazione.

La cooperazione non rientra nell'ambito di applicazione del Codice se ricorrono tutte le seguenti condizioni:

- interviene esclusivamente tra due o più stazioni appaltanti o enti concedenti;
- garantisce l'effettiva partecipazione di tutte le parti allo svolgimento dei compiti di interesse comune, in un'ottica collaborativa e senza rapporto sinallagmatico tra le prestazioni;

¹²⁴ I servizi strumentali sono quelli erogati per il perseguimento di funzioni amministrative; sono quindi svolti a favore della pubblica amministrazione e non direttamente al soddisfacimento dei bisogni della collettività. Ad esempio, sono servizi strumentali i servizi informatici o i servizi di riscossione tributi.

¹²⁵ Il decreto legislativo n. 201/2022, recante il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali è stato adottato in attuazione dell'articolo 8 della legge n. 118/2022 (legge annuale per la concorrenza e il mercato 2021). Per l'analisi completa della disciplina, cfr. circolare Assonime n. 1/2023.

- determina una convergenza sinergica su attività di interesse comune, senza tendere a realizzare la missione istituzionale di una sola amministrazione aderente;
- le stazioni appaltanti o gli enti concedenti svolgono sul mercato meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione.

Occorre tener distinta la cooperazione dalla conclusione di accordi quadro.

L'accordo quadro è concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici e stabilisce le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, quali ad esempio il prezzo e la quantità.

**L'accordo
quadro**

La disciplina sugli accordi quadro contenuta nell'articolo 59 riproduce in larga parte quella prevista dall'articolo 54 del decreto legislativo n. 50/2016.

Affinché gli accordi quadro non vengano utilizzati per ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza, essi non possono avere una durata superiore a 4 anni, salvo casi eccezionali debitamente motivati, in particolare con riguardo all'oggetto dell'accordo.

Gli appalti basati su un accordo quadro sono aggiudicati alle condizioni fissate dell'accordo, alle quali non possono essere apportate sostanziali modifiche.

Se l'accordo è stato concluso con un solo operatore, la stazione appaltante può consultare per iscritto l'operatore economico chiedendogli di completare la sua offerta, se necessario. Se invece è concluso con più operatori, l'appalto è eseguito senza riaprire il confronto competitivo, a condizione che l'accordo quadro contenga tutti gli elementi per determinare quale operatore economico effettuerà la prestazione. In caso contrario si procede con la riapertura del confronto competitivo, per cui la stazione appaltante consulta per iscritto l'operatore economico in grado di eseguire l'appalto, fissa un termine perché questi possano presentare le offerte e aggiudica l'appalto all'offerente che ha presentato l'offerta migliore sulla base dei criteri di aggiudicazione fissati nei documenti di gara per l'accordo.

Le procedure competitive

Quando la stazione appaltante decide di ricorrere al mercato, la scelta del contraente deve avvenire mediante procedure che rispettino il principio di concorrenza, pubblicità, parità di trattamento e non discriminazione.

Per l'aggiudicazione di appalti pubblici, le stazioni appaltanti possono utilizzare:

- la procedura aperta
- la procedura ristretta
- la procedura competitiva con negoziazione
- il dialogo competitivo
- il partenariato per l'innovazione
- la procedura negoziata senza pubblicazione del bando

Salvo il caso della procedura aperta, nelle altre ipotesi la stazione appaltante, applicando criteri obiettivi e non discriminatori indicati nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, può limitare il numero di candidati ammessi alla procedura. In ogni caso il numero minimo di candidati non può essere inferiore a cinque nelle procedure ristrette e a tre nelle altre.

La procedura aperta

Nella procedura aperta qualsiasi operatore economico interessato può presentare un'offerta in risposta a un avviso di indizione di gara. Le offerte possono essere presentate entro il termine minimo di 30 giorni dalla pubblicazione del bando di gara o dall'invito a presentare interesse; tale termine può essere ridotto a 15 giorni per ragioni di urgenza, specificatamente motivate.

La procedura ristretta

La procedura ristretta si caratterizza per il fatto che qualsiasi operatore economico può presentare domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara, ma soltanto gli operatori economici invitati dalla stazione appaltante possono presentare un'offerta entro il termine minimo di 30 giorni, ridotto a non meno di 10 giorni in casi motivati di urgenza. È prevista la possibilità di un accordo tra le amministrazioni aggiudicatrici diverse da quelle centrali e gli invitati a partecipare per fissare il termine per la ricezione dell'offerta.

**Procedure
competitive**

**Procedura
aperta**

**Procedura
ristretta**

La procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo

Nei casi in cui le amministrazioni aggiudicatrici non sono in grado di definire i mezzi idonei a soddisfare le proprie esigenze è necessario garantire loro una maggiore flessibilità rispetto a quanto avviene nelle procedure aperte o ristrette, dove i termini della domanda sono già definiti. Partire quindi da un'idea e arrivare all'offerta finale dopo diversi livelli di negoziazione con gli operatori economici, valutando ciò che il mercato può offrire, potrebbe portare a risultati più soddisfacenti e più conformi alle necessità. A tal fine il Codice consente alla stazione appaltante di ricorrere a due tipi di procedure: la procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo. In particolare, queste procedure possono essere utilizzate in presenza di una delle condizioni indicate nell'articolo 70, comma 3 e cioè:

- quando le esigenze della stazione appaltante non possono essere soddisfatte con le altre procedure, compresa l'ipotesi in cui in esito a una procedura aperta o ristretta sono state presentate soltanto offerte inammissibili¹²⁶;
- quando sono richieste soluzioni o progetti innovativi;
- quando l'appalto non può essere aggiudicato senza preventive negoziazioni a causa di circostanze particolari dovute alla natura, alla complessità o impostazione finanziaria e giuridica dell'oggetto o a causa dei rischi ad esso connessi;
- quando le specifiche tecniche non possono essere definite dalla stazione appaltante con sufficiente precisione.

La procedura competitiva con negoziazione è disciplinata dall'articolo 73 che definisce le condizioni di partecipazione e i termini per la ricezione delle domande e delle offerte.

Nei documenti di gara¹²⁷ le stazioni appalti individuano l'oggetto, fornendo una descrizione delle loro esigenze e indicando i requisiti minimi che tutti gli offerenti devono soddisfare. In risposta all'avviso di indizione di gara, qualsiasi operatore economico può manifestare il proprio interesse. In seguito alla valutazione delle informazioni fornite dagli offerenti, gli operatori economici invitati dalla stazione appaltante possono presentare un'offerta iniziale. L'offerta iniziale ed eventualmente quelle successive fino all'offerta

**Procedura
competitiva
con
negoziazio-
ne**

¹²⁶ Sono inammissibili le offerte: non conformi ai documenti di gara; ricevute oltre i termini indicati; in relazione alle quali vi sono prove di corruzione o collusione; considerate anormalmente basse; presentate da offerenti che non possiedono la qualificazione necessaria; il cui prezzo supera l'importo stabilito all'avvio della procedura.

¹²⁷ L'avviso di indizione di gara deve contenere le informazioni indicate dall'Allegato II.6, parte I, lettere B o C.

finale, possono essere negoziate per migliorare il contenuto. Quando la stazione appaltante intende concludere le negoziazioni, stabilisce un termine entro il quale gli offerenti devono presentare l'offerta finale. Il contratto è aggiudicato in base al criterio di aggiudicazione indicato nell'avvio di indizione di gara.

È prevista anche la possibilità di aggiudicare l'appalto sulla base delle sole offerte iniziali senza negoziazione, qualora la stazione appaltante lo abbia indicato nel bando di gara o invito a confermare l'interesse.

Il dialogo competitivo

Il dialogo competitivo, disciplinato dall'articolo 74, è caratterizzato da maggiore flessibilità: l'oggetto dell'appalto non viene predeterminato dalla stazione appaltante, ma è frutto di una progressiva negoziazione effettuata con gli operatori partecipanti alla procedura.

Nel documento di avvio della procedura, la stazione appaltante rende note le proprie necessità e indica sia i requisiti di ammissione al dialogo competitivo sia il termine entro il quale gli interessati possono presentare istanza di ammissione alla procedura, nonché eventuali premi o pagamenti per i partecipanti al dialogo.

In questa fase ogni operatore economico può chiedere di partecipare al dialogo competitivo, senza alcuna limitazione o esclusione.

Ricevute le domande di partecipazione, si avvia la fase del dialogo vero e proprio, al fine di individuare e definire la soluzione migliore che soddisfi le esigenze e gli obiettivi della stazione appaltante. Nessun limite temporale è previsto per la conclusione di questa fase, lasciando piena discrezionalità alla stazione appaltante di proseguire il dialogo fino a quando non viene individuata la soluzione o le soluzioni ritenute idonee allo scopo prefissato.

Individuata la soluzione o le soluzioni idonee, la stazione appaltante dichiara chiusa la fase del dialogo e invita ciascun partecipante a presentare l'offerta finale sulla base della soluzione individuata. L'offerta finale deve contenere gli elementi richiesti e necessari per l'esecuzione del progetto. Le offerte presentate possono essere chiarite, precisate e perfezionate, senza essere modificate negli aspetti essenziali per non violare il principio di concorrenza e non discriminazione. Le offerte sono valutate unicamente sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

Anche dopo l'aggiudicazione, la stazione appaltante può condurre ulteriori negoziazioni per confermare gli impegni finanziari o altri contenuti dell'offerta selezionata, attraverso il completamento delle clausole del contratto.

Il partenariato per l'innovazione

Un'ipotesi particolare di procedura di aggiudicazione è il partenariato per l'innovazione. Anch'essa è caratterizzata da un'ampia flessibilità e dalla graduale messa a punto della soluzione innovativa volta a soddisfare le necessità della stazione appaltante.

**Partenariato
per
l'innovazione**

La stazione appaltante ricorre al partenariato per l'innovazione quando l'esigenza di prodotti, servizi o lavori non può essere soddisfatta con quelli disponibili sul mercato. Essa può decidere di instaurare il partenariato per l'innovazione anche con più operatori economici, separando l'attività di ricerca da quella dello sviluppo. L'appalto è aggiudicato sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

La procedura del partenariato per l'innovazione si struttura in più fasi e può comprendere anche la fabbricazione del prodotto, la prestazione del servizio o la realizzazione dei lavori, il cui valore stimato non deve essere sproporzionato rispetto all'investimento richiesto. Il partenariato può fissare anche obiettivi intermedi che le parti devono raggiungere e prevedere il pagamento della remunerazione mediante rate congrue.

La stazione appaltante può decidere, dopo ogni fase, di risolvere il partenariato per l'innovazione o, nel caso di un partenariato con più operatori di ridurre il numero risolvendo singoli contratti.

Procedura negoziata senza pubblicazione del bando

Tra le procedure di affidamento a terzi di un contratto pubblico, la stazione appaltante può decidere di ricorrere alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando. Si tratta di una procedura che ha natura eccezionale e si svolge senza espletare la fase preliminare di pubblicazione del bando.

**Procedura
negoziata
senza
bando**

Essa può essere utilizzata, previa motivazione in relazione alla specifica situazione di fatto e alle caratteristiche del mercato di riferimento, in determinati casi:

- quando non è stata presentata alcuna offerta o domanda di partecipazione in esito all'espletamento di una procedura aperta o ristretta;
- quando l'oggetto del contratto può essere fornito unicamente da un determinato operatore, in ragione dell'assenza di concorrenza per motivi tecnici, per la

presenza di diritti esclusi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale¹²⁸, perché l'appalto consiste nella creazione o acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica;

- quando sussistono ragioni di estrema urgenza.

Nel caso di appalti per la fornitura di beni, la procedura negoziata senza pubblicazione del bando è consentita anche quando:

- i prodotti sono fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo;
- si tratta di consegne complementari effettuate dal fornitore originario o di forniture quotate e acquistate sul mercato delle materie prime;
- i prodotti sono forniti a condizioni particolarmente vantaggiose da un operatore che cessa definitivamente l'attività commerciale o dagli organi delle procedure concorsuali.

Nel caso di appalti di servizi, la procedura negoziata senza pubblicazione del bando è consentita quando l'appalto segue un concorso di progettazione e deve essere aggiudicato al vincitore.

Infine, tale procedura di aggiudicazione può essere utilizzata nel caso di nuovi lavori o servizi che consistono nella ripetizione di quelli analoghi, già affidati all'operatore economico aggiudicatario di un appalto iniziale, purché l'affidamento senza bando intervenga entro tre anni dalla stipulazione del contratto dell'appalto iniziale.

Resta in capo alla stazione appaltante la facoltà di invitare alla negoziazione almeno tre operatori e, assicurando un confronto concorrenziale mediante una gara informale, scegliere l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose.

6.4 Gli atti preparatori e i documenti di gara

Prima di avviare la procedura di scelta del contraente la stazione appaltante deve predisporre una serie di atti preparatori, alcuni di questi hanno natura facoltativa, altri obbligatoria.

¹²⁸ Tali eccezioni si applicano solo quando non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri del bando.

Le regole per l'adozione degli atti preparatori allo svolgimento della procedura sono contenute nel Titolo I e II, Parte V del Libro II (artt. 77-90); esse riproducono in gran parte, salvo alcuni interventi di semplificazione e sistematizzazione, quanto previsto dalle direttive europee.

Rientrano tra le attività preparatorie facoltative le consultazioni di mercato che la stazione appaltante può svolgere, nel rispetto del principio di trasparenza e non discriminazione, al fine di calibrare i propri obiettivi e fabbisogni, in relazione all'offerta disponibile sul mercato, europeo o extraeuropeo. Le consultazioni di mercato sono da preferire quando si tratta di un appalto innovativo; potrebbero essere superflue quando l'appalto ha ad oggetto lavori, beni o servizi standard.

**Le attività
facoltative**

Le consultazioni preliminari di mercato

Dopo la programmazione e prima dell'avvio del procedimento di selezione del contraente, la stazione appaltante può acquisire informazioni, consulenze e ogni altra documentazione idonea a individuare la scelta della procedura di gara che soddisfa meglio le proprie esigenze. Lo scambio di informazioni e l'eventuale acquisizione di documenti non devono comportare un'alterazione della concorrenza e l'inosservanza del principio di parità di trattamento. A tal fine la stazione appaltante è tenuta ad adottare adeguate misure di garanzia.

La consultazione preliminare non rappresenta una condizione di accesso alla successiva procedura selettiva, in quanto non è una procedura di affidamento del contratto. Questo aspetto differenzia la consultazione preliminare da altre procedure (quali ad esempio il dialogo competitivo, le procedure di negoziazione, i procedimenti di progettazione e i concorsi di progettazione), in cui il confronto con gli operatori economici è una fase della procedura di affidamento.

La consultazione preliminare può altresì essere volta a definire le specifiche tecniche e le etichettature che costituiranno parte integrante dei documenti di gara.

Rientrano invece tra gli atti obbligatori, la pubblicazione di una serie di provvedimenti e decisioni della stazione appaltante che danno avvio alla procedura selettiva.

**Le attività
obbligatorie**

A partire dal 1° gennaio 2024, la BDNCP diventa lo strumento a livello nazionale attraverso cui adempiere agli obblighi di pubblicità legale per le procedure sopra soglia.

L'interconnessione tra la BDNCP, le piattaforme digitali e i siti istituzionali delle stazioni appaltanti consente all'operatore economico di avere contezza delle procedure avviate sia accedendo alla BDNCP oppure direttamente al sito della stazione appaltante¹²⁹.

Le informazioni che le stazioni appaltanti sono tenute a trasmettere alla BDNCP sono individuate con la delibera ANAC 20 giugno 2023, n. 261; mentre le modalità di attuazione sono definite con la delibera ANAC 20 giugno 2023 n. 263, adottata d'intesa con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. I dati relativi all'intero ciclo di vita del contratto che devono essere pubblicati ai fini dell'assolvimento degli obblighi di trasparenza, di cui al decreto legislativo n. 33/2001, sono elencati nella delibera ANAC 20 giugno 2023, n. 264.

Gli obblighi di pre-informazione

Gli avvisi di pre- informazione

Entro il 31 dicembre di ogni anno, le stazioni appaltanti devono pubblicare sui propri siti istituzionali gli avvisi di pre-informazione relativi agli appalti che intendono bandire nel corso dell'anno successivo, secondo modalità diverse in relazione alla procedura.

Per gli appalti superiori alla soglia europea, tali avvisi devono essere pubblicati anche dall'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea. In questo caso, le stazioni appaltanti possono comunicare l'avviso di pre- informazione all'ANAC, che tramite la BDNCP, curerà l'invio all'Ufficio di pubblicazione europeo, mediante comunicazione circa la pubblicazione dell'avviso sul sito istituzionale della stazione appaltante.

Nel caso di procedure ristrette o procedure competitive con negoziazione, l'avviso di pre-informazione può costituire avviso di indizione di gara perché:

- l'oggetto dell'appalto da aggiudicare sia specificatamente descritto,
- sia indicato che l'appalto verrà aggiudicato con procedura ristretta o competitiva con negoziazione, senza pubblicazione di ulteriori avvisi e inviti agli operatori economici interessati
- siano rispettati i relativi tempi di pubblicazione.

¹²⁹ Fino al 31 dicembre 2023 la pubblicazione legale segue il regime previsto dalla normativa precedente (art. 225, commi 1 e 2).

Il bando o avviso di gara

Tra i documenti di gara che la stazione appaltante deve predisporre, il bando o l'avviso di gara è quello prevalente¹³⁰. In caso di contrasto tra le disposizioni contenute nei vari documenti, prevalgono quelle inserite nel bando (o avviso) di gara; dal contenuto del bando (o avviso) di gara derivano poi gli ulteriori atti di gara (per esempio il disciplinare di gara o il capitolato speciale).

Il bando di gara deve essere redatto in conformità al bando- tipo predisposto dall'ANAC, con obbligo di motivazione in caso di discostamento.

**La pubblica-
zione del
bando**

Per gli appalti di importo superiore alla soglia europea, il bando di gara (in lingua italiana) deve essere trasmesso, secondo un modulo standard, all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, per il tramite della BDNCP¹³¹. In raccordo con la pubblicazione a livello europeo, è prevista altresì la pubblicazione a livello nazionale presso la BDNCP; tale pubblicazione è successiva al ricevimento della conferma di pubblicazione da parte dell'Ufficio delle pubblicazioni dell'UE o avviene decorso il termine di 48 ore dall'invio.

Alcune clausole obbligatorie da inserire nel bando di gara

Le clausole sociali e i criteri di sostenibilità ambientale

L'articolo 57 prevede che il bando di gara per i contratti di appalto di lavori e servizi, esclusi quelli aventi natura intellettuale, e per i contratti di concessione, debba contenere specifiche clausole sociali, in base alle quali nell'offerta devono essere inserite misure che ne assicurino l'applicazione. Si tratta di clausole volte a garantire:

- le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate;
- la stabilità occupazionale del personale impiegato;
- l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore (tenendo conto di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative a livello nazionale e di quelli il cui

¹³⁰ Gli altri documenti di gara sono: il disciplinare di gara, il capitolato speciale e le condizioni contrattuali proposte. Nel disciplinare di gara sono fissate le regole per lo svolgimento del procedimento di selezione delle offerte, mentre nel capitolato speciale sono definiti i contenuti del futuro rapporto contrattuale tra l'aggiudicatario e la stazione appaltante.

¹³¹ Una sintesi nelle altre lingue ufficiali dell'UE è pubblicata a cura dell'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea.

ambito di applicazione è strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione);

- le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare.

Inoltre, al fine di individuare l'offerta migliore sotto il profilo ambientale, l'articolo 57 richiede che nel bando di gara debbano essere inserite almeno le specifiche tecniche e le clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi, previsti per il relativo settore.

La suddivisione in lotti

Per garantire l'effettiva partecipazione delle micro, piccole e medie imprese, anche di prossimità, l'articolo 58 introduce l'obbligo di suddividere l'oggetto dell'appalto in lotti funzionali, prestazionali o quantitativi. La suddivisione deve essere adeguata in modo da garantire l'effettiva partecipazione da parte delle micro, piccole e medie imprese. È vietato il frazionamento volto a evitare l'applicazione delle norme del Codice (articolo 14, comma 6) così come è vietato l'artificioso accorpamento dei lotti. A tal fine la stazione appaltante deve indicare i criteri qualitativi o quantitativi seguiti.

La mancata suddivisione in lotti deve essere motivata dalla stazione appaltante in funzione dell'interesse, anche di natura organizzativa, a un'efficiente ed efficace esecuzione delle prestazioni.

La stazione appaltante può indicare il numero massimo di lotti assegnabili allo stesso concorrente o per i quali si può partecipare. La stazione appaltante può altresì riservarsi la possibilità di aggiudicare alcuni o tutti i lotti a uno stesso offerente, indicando le modalità mediante le quali effettuerà la valutazione comparativa fra le offerte sui singoli lotti e le offerte sulle associazioni di lotti.

Avvenuta la pubblicazione sulla BDNCP, le stazioni appaltanti rendono accessibili i documenti di gara attraverso un collegamento ipertestuale comunicato alla stessa Banca dati, affinché siano garantiti l'accesso e la disponibilità per l'intero ciclo di vita del contratto. Gli effetti giuridici degli atti pubblicati decorrono dalla data di loro pubblicazione nella BDNCP. I documenti di gara devono essere resi disponibili in formato digitale, in modo gratuito, illimitato e diretto. Le ulteriori informazioni richieste sui documenti di gara

devono essere comunicate a tutti gli offerenti oppure rese disponibili sulla piattaforma di approvvigionamento digitale e sul sito istituzionale della stazione appaltante.

Quando si tratta di procedure ristrette, dialogo competitivo, procedura competitiva con pubblicazione o partenariato per l'innovazione, la stazione appaltante invia, in modo simultaneo, attraverso le piattaforme di approvvigionamento, un invito ai candidati selezionati per presentare l'offerta. L'invito deve contenere, in particolare, l'indicazione del collegamento ipertestuale al quale sono disponibili i documenti di gara.

I documenti dell'offerente

L'operatore che intende partecipare a una procedura di aggiudicazione deve presentare, attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale messa a disposizione dalla stazione appaltante:

**Documenti
dell'offerente**

- la domanda di partecipazione ove indicare tra l'altro se si intende far ricorso all'avvalimento;
- il documento di gara unico europeo (cd. DGUE);
- l'offerta tecnica ed economica secondo le indicazioni del bando di gara o del capitolato d'oneri;
- ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante nei documenti di gara.

La presentazione della domanda e delle offerte di gara, in formato elettronico con firma digitale, deve avvenire entro i termini fissati, in modo congruo, dalla stazione appaltante. In specifiche situazioni, è possibile la proroga dei tempi, in misura adeguata e proporzionale.

Inoltre, è possibile che la stazione appaltante assegni all'operatore economico un termine, compreso tra i cinque e i dieci giorni, per integrare alcuni elementi mancanti rispetto alla documentazione trasmessa oppure per sanare eventuali omissioni, inesattezze o irregolarità, salvo che le integrazioni o le correzioni non riguardino l'offerta tecnica o economica oppure l'identità del concorrente (c.d. soccorso istruttorio). L'operatore che non adempie alle richieste dalla stazione appaltante è escluso dalla procedura.

**Il soccorso
istruttorio**

Per quanto riguarda l'offerta tecnica e l'offerta economica la stazione appaltante può richiedere all'operatore economico soltanto chiarimenti sul contenuto. Questi, tuttavia non devono modificare il contenuto di quanto presentato.

**Garanzie
provvisorie,
cauzioni e
fideiussioni**

Anche l'operatore economico, di propria iniziativa, può richiedere, fino al giorno fissato per l'apertura delle offerte, di rettificare un errore materiale contenuto nell'offerta tecnica o economica di cui si sia avveduto dopo la scadenza del termine di presentazione (ad esempio incongruenza tra gli importi unitari e l'importo complessivo dell'offerta economica). La rettifica è consentita purché garantisca l'anonimato e non comporti la presentazione di una nuova offerta o comunque la sua modifica sostanziale.

La garanzia provvisoria

Per partecipare alla procedura, l'operatore economico deve corredare la sua offerta con una garanzia provvisoria (articolo 106). La garanzia può essere costituita sotto forma di cauzione (da versare mediante bonifico o altri canali di pagamento elettronici) oppure di fideiussione. In quest'ultimo caso la fideiussione deve essere emessa e firmata digitalmente; inoltre, essa deve essere verificabile telematicamente presso l'emittente o gestita¹³² mediante ricorso a piattaforme operanti con tecnologie basate su registri distribuiti (cd. *blockchain*)¹³³ e conformi alle regole tecniche indicate nella delibera AGID n. 137/2023.

L'importo della garanzia è pari al 2 per cento del valore complessivo dell'appalto, ma può essere ridotto del 50 per cento nei confronti di determinati operatori economici, del 10 per cento in caso di fideiussione emessa e firmata digitalmente, nonché del 20 per cento se l'operatore economico possiede una o più certificazioni o marchi tra quelli indicati nell'allegato II.13.

La garanzia deve avere efficacia per almeno 180 giorni; essa copre la mancata aggiudicazione dopo la proposta di aggiudicazione e la mancata sottoscrizione del contratto imputabili a ogni fatto riconducibile all'aggiudicatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva. Con la comunicazione dell'aggiudicazione ai non aggiudicatari, la stazione appaltante provvede allo svincolo della garanzia, sebbene essa perda efficacia dopo 30 giorni dall'aggiudicazione.

¹³² La verifica telematica è una validazione tecnica, con cui conoscere lo stato della garanzia; essa non riguarda gli aspetti civilistici, di cui è responsabile chi emette la garanzia e la sottoscrive. La verifica telematica non implica necessariamente la validazione della firma digitale. Cfr. punto 6 delle FAQ pubblicate da AGID, 17 luglio 2023.

¹³³ L'articolo 8-ter, comma 1 del decreto legge n. 135/2018 definisce "tecnologie basate su registri distribuiti" le tecnologie e i protocolli informativi che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetture decentralizzate su basi 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.

6.5 I criteri di selezione dell'offerta e le offerte anomale

La selezione del contraente deve avvenire nel rispetto di precise regole e secondo definite tempistiche.

In primo luogo, la stazione appaltante deve verificare che i partecipanti non si trovino in una situazione che comporta o può comportare l'esclusione dalla gara. Successivamente va verificato che l'offerta presentata è conforme alle previsioni contenute nel bando; dopodiché la stazione appaltante procede alla valutazione sostanziale dell'offerta.

La valuta-
zione
dell'offerta

Nelle procedure aperte, quest'ordine temporale può essere derogato: la stazione appaltante, dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, può disporre un'inversione procedimentale. Pertanto, le offerte possono essere esaminate prima della verifica di idoneità dei concorrenti, garantendo comunque che essa sia effettuata in maniera imparziale e trasparente.

La stazione appaltante inoltre può decidere di non aggiudicare l'appalto all'offerente che, seppure abbia presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, questa tuttavia non soddisfa gli obblighi in materia ambientale, sociale o del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi e dalle disposizioni internazionali di diritto del lavoro.

Focus 5 - L'uso di procedure automatizzate per la selezione dell'offerta: i dubbi sugli algoritmi *machine learning*

Per la valutazione delle offerte e, ove possibile per svolgere le attività relative all'intero ciclo di vita dei contratti pubblici, il nuovo Codice consente alle stazioni appaltanti/enti concedenti di ricorrere a strumenti tecnologici basati su automatismi, inclusi i sistemi di intelligenza artificiale e di *blockchain*.

La possibilità di utilizzare algoritmi per lo svolgimento di attività amministrative era già stata ammessa dalla giurisprudenza con riferimento allo svolgimento di procedimenti ripetitivi e con carattere vincolato. In questi casi, infatti il ricorso all'uso dell'informatica offre il vantaggio di una notevole riduzione dei tempi procedurali e riduce errori dovuti a negligenza o dolo dell'essere umano, garantendo così un maggior rispetto di imparzialità.

L'articolo 30 amplia il perimetro di ammissibilità dell'utilizzo di soluzioni tecnologiche automatizzate, ove possibile, in tutte le fasi del ciclo di vita del contratto, compresa la fase di scelta del contraente. Tuttavia, vengono fissati una serie di principi e condizioni, in linea con quanto già affermato dalla giurisprudenza amministrativa (ex multis Consiglio di Stato 24 ottobre 2000, n. 5682, Consiglio di Stato 4 febbraio 2002, n. 881 e Consiglio di Stato 25 novembre 2021, n. 7891).

Nell'acquisto o sviluppo di tali soluzioni, le stazioni appaltanti/enti concedenti devono anzitutto assicurare la disponibilità del codice sorgente, della relativa documentazione e di ogni altro elemento utile a comprendere le logiche di funzionamento. Quindi, nonostante l'esistenza di diritti di proprietà intellettuale, quando il software è utilizzato nell'ambito di una procedura di gara non è ammessa segretezza in relazione al suo funzionamento.

Inoltre, le decisioni assunte sulla base di procedure automatizzate devono garantire sia il principio di non discriminazione algoritmica sia il principio di non esclusività (c.d. human in the loop) in base al quale deve essere sempre garantito che nel processo decisionale intervenga un contributo umano volto a controllare, validare o smentire la decisione automatizzata o algoritmica. È necessario, quindi assicurare un momento di interlocuzione con l'operatore economico, in modo da verificare l'esattezza dei dati da elaborare, mantenendo sempre il controllo umano sul procedimento, anche al fine di impedire effetti discriminatori.

Infine, le decisioni assunte mediante automatizzazione devono rispettare i principi di conoscibilità e comprensibilità.

Pertanto, ogni operatore ha diritto di conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardano e ricevere tutte le informazioni sulla logica utilizzata. L'osservanza di questi principi, tuttavia può trovare dei limiti nel caso di procedure automatizzate basate su algoritmi di *machine learning*.

Questa tipologia di algoritmi, rispetto a quelli tradizionali che si basano su istruzioni materialmente fornite dagli sviluppatori e per i quali è possibile prevedere il comportamento dell'algoritmo nelle varie situazioni, lavora su dati di allenamento che vengono forniti dallo sviluppatore; attraverso questi dati l'algoritmo impara a riconoscere la normalità, in modo da estrapolare la regola del caso particolare: la qualità dell'output dipenderà dunque dalla qualità dell'input. I criteri che costantemente e continuamente vengono elaborati dall'algoritmo, e sulla base dei quali viene assunta

la decisione, possono essere di una complessità tale da rendere impossibile comprendere e conoscere il percorso logico seguito.

Pertanto, nei casi di utilizzo di algoritmi machine learning, il diritto alla conoscibilità sarebbe limitato alla conoscenza dei dati alla base dell'allenamento, non essendo possibile prevedere il comportamento che assumerà l'algoritmo e quindi valutare la ragionevolezza della decisione robotizzata, con la conseguenza che anche il sindacato del giudice si arresterebbe a questa soglia.

Per l'aggiudicazione del contratto, la stazione appaltante può decidere secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, oppure secondo il criterio del minor prezzo.

**I criteri di
valutazione
dell'offerta**

Il criterio del minor prezzo

Il criterio del minor prezzo viene determinato secondo un criterio di comparazione costo/efficacia, considerando l'intero ciclo di vita del contratto¹³⁴.

Questo criterio di aggiudicazione è utilizzabile solo per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato (ad eccezione dei servizi ad alta intensità di manodopera per i quali si applica il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo).

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

In base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV), la stazione appaltante valuta l'offerta non soltanto dal punto di vista economico, ma soprattutto dal punto di vista tecnico-qualitativo, premiando quella che raggiunge il miglior rapporto qualità prezzo. Per determinati tipi di contratti¹³⁵, per gli affidamenti mediante dialogo competitivo o partenariato per l'innovazione nonché per gli affidamenti con appalto

¹³⁴ Al fine di determinare il costo del ciclo di vita del prodotto, la stazione appaltante segue le previsioni di cui all'allegato II.8 considerando ad esempio i costi relativi all'acquisizione, i costi connessi al consumo di energia, i costi di manutenzione, i costi relativi alla raccolta, allo smaltimento e al riciclaggio, nonché i costi imputati a esternalità ambientali (emissioni di gas ad effetto serra o altre sostanze inquinanti).

¹³⁵ Si tratta dei contratti relativi a: a) servizi sociali e alla ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera; b) servizi di ingegneria e architettura e altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 140.000 euro; c) servizi e forniture di importo superiore a 140.000 caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno carattere innovativo.

integrato, il criterio di aggiudicazione è esclusivamente quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

**I criteri di
valutazione
dell'OEPV**

I criteri alla base della selezione devono essere pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto nonché essere il più possibili oggettivi (ad es. caratteristiche qualitative, ambientali o sociali)¹³⁶. La stazione appaltante deve valorizzare gli elementi qualitativi dell'offerta e individuare i criteri utili a garantire un confronto concorrenziale sui profili tecnici.

Nei casi di appalti di beni e servizi informatici connessi alla tutela degli interessi nazionali strategici, la stazione appaltante deve sempre considerare gli elementi di cybersicurezza e non può attribuire al fattore economico un peso superiore al 10 per cento. Per i contratti ad alta intensità di manodopera invece il tetto massimo per il punteggio economico sale al 30 per cento. Nel caso in cui esistano disposizioni legislative, regolamentari o amministrative che fissano il prezzo di determinate forniture o servizi specifici, l'offerta economicamente vantaggiosa sarà valutata solo sulla base dei criteri qualitativi.

Per gli appalti di lavori, vige il divieto per le stazioni appaltanti di attribuire punteggi per opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo.

La stazione appaltante deve indicare per ogni singolo criterio di valutazione, la relativa ponderazione, prevedendo una forcella in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere adeguato. Per ciascun criterio di valutazione possono essere previsti anche sub-criteri e sub-pesi o sub-punteggi. Se la ponderazione non è possibile, la stazione appaltante indica l'ordine decrescente di importanza dei criteri. Per attribuire il punteggio a ciascun elemento dell'offerta, la stazione appaltante deve usare metodologie volte a individuare, con un unico parametro numerico, l'offerta finale più vantaggiosa.

**Criteri
premiali per
le PMI**

Inoltre, ai fini della valutazione dell'offerta la stazione appaltante può prevedere, compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e i principi di concorrenza, criteri premiali volti a favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese e a garantire il principio di prossimità, promuovendo l'affidamento a operatori economici con sede operativa nell'ambito territoriale di riferimento. Infine, per promuovere la parità di genere la stazione appaltante deve attribuire un maggior punteggio alle imprese che attestano

¹³⁶ I criteri di aggiudicazione sono considerati connessi all'oggetto dell'appalto quando riguardano lavori, forniture o servizi da fornire in qualsiasi fase del loro ciclo di vita, compresi i fattori coinvolti nel processo di produzione, o in un processo specifico per una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale.

il possesso dei requisiti per la certificazione della parità di genere (ex articolo 46 bis del Codice delle pari opportunità).

Se nessuna offerta risulta conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto, la stazione appaltante può decidere, entro 30 giorni dalla conclusione delle valutazioni delle offerte, di non procedere all'aggiudicazione.

La Commissione aggiudicatrice e il seggio di gara

Nelle procedure di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la selezione della migliore offerta è affidata alla Commissione aggiudicatrice. Quest'istituto, disciplinato dall'articolo 93, è stato completamente rivisto, nell'ottica di superare il sistema incentrato sull'Albo dei commissari tenuto dall'ANAC.

La Commissione è composta da un numero dispari di componenti, non superiore a cinque, esperti nel settore cui si riferisce l'oggetto del contratto. Possono essere nominati anche membri supplenti. Essa è presieduta e composta da dipendenti della stazione appaltante in possesso del necessario inquadramento giuridico e delle adeguate competenze professionali. In mancanza di tali professionalità, la stazione appaltante può scegliere i componenti tra i funzionari di altre amministrazioni o tra professionisti esterni. Alla commissione può partecipare anche il RUP.

Non possono essere nominati commissari:

- coloro che nei due anni precedenti all'indizione della procedura sono stati componenti di organo di indirizzo politico della stazione appaltante;
- coloro che sono stati condannati, anche con sentenza non definitiva, per i reati contro la pubblica amministrazione;
- coloro che si trovano in conflitto di interessi con uno degli operatori economici partecipanti alla procedura.

Viene invece eliminata l'incompatibilità per coloro che hanno svolto incarichi in precedenti fasi della procedura.

La Commissione aggiudicatrice è nominata dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte. Essa è responsabile della valutazione dell'offerta e, su richiesta del RUP, può svolgere anche attività di supporto per la verifica dei requisiti e dell'anomalia dell'offerta. La Commissione può riunirsi con modalità telematiche, purché sia garantita la riservatezza delle comunicazioni; per la valutazione della

documentazione di gara e delle offerte dei partecipanti, la Commissione si avvale della piattaforma di approvvigionamento digitale. In caso di rinnovo del procedimento di gara a seguito di annullamento giudiziale dell'aggiudicazione, se non deciso diversamente dalla stazione appaltante, è riconvocata la stessa Commissione, tranne quando l'annullamento sia derivato da un vizio relativo alla composizione della Commissione.

Nelle procedure di aggiudicazione con il criterio del minor prezzo, l'articolo 93 prevede il nuovo istituto del seggio di gara. Esso può essere anche monocratico. I suoi componenti sono scelti tra il personale della stazione appaltante che non è stato condannato per reati contro la pubblica amministrazione e che non è in conflitto di interesse con i partecipanti alla procedura.

Le offerte anomale

Le offerte anomale

In fase di valutazione delle offerte, può accadere che un'offerta risulti particolarmente conveniente, tale da suscitare il sospetto che la prestazione possa essere eseguita in modo non corretto, per il fatto di non garantire all'operatore economico un adeguato profitto.

L'articolo 110 modifica il meccanismo previgente di gestione delle offerte anomale, basato sulla individuazione ex ante delle soglie di anomalia¹³⁷. Il nuovo Codice rimette alla discrezionalità della stazione appaltante la verifica circa la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità dell'offerta presentata. L'anomalia dell'offerta deve essere valutata in base a elementi specifici, compresi i costi che l'operatore economico ha indicato per la manodopera e gli oneri relativi alla sicurezza sul lavoro, che la stazione appaltante ha fissato nei documenti di gara. A tal fine, per valutare la congruità dell'offerta, la stazione appaltante potrà ad esempio, fare riferimento ai metodi matematici indicati nell'Allegato II.2 e utilizzarli per individuare l'anomalia nei contratti sottosoglia.

Il contraddittorio con l'OE

In presenza di un'offerta considerata anormalmente bassa, la stazione appaltante avvia un contraddittorio con l'operatore economico chiedendogli spiegazioni sul prezzo e sui costi proposti.

In particolare, i chiarimenti possono riguardare:

¹³⁷ Per la disciplina delle offerte anomale nei contratti sottosoglia (art. 54) cfr. par. 3.2.

-
- l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione;
 - le soluzioni tecniche prescelte e le condizioni estremamente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, i servizi o eseguire i lavori;
 - l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente.

Non sono invece ammesse giustificazioni relative:

- ai trattamenti salariali minimi inderogabili;
- agli oneri di sicurezza sui luoghi di lavoro.

Se le spiegazioni non sono ritenute adeguate a giustificare il livello dei prezzi o dei costi proposti, la stazione appaltante esclude l'operatore economico dalla procedura.

L'offerta viene esclusa anche quando è anormalmente bassa in quanto:

- non rispetta gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale nonché dai contratti collettivi e dalle disposizioni internazionali di diritto del lavoro;
- non rispetta gli obblighi relativi al subappalto;
- gli oneri sulla sicurezza sono incongrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, delle forniture e dei servizi;
- il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi.

Un'ipotesi particolare è il caso dell'offerta anormalmente bassa giustificata sulla base dell'ottenimento di un aiuto ricevuto da uno Stato membro dell'UE.

**Anomalia
dovuta ad
aiuti di Stato**

In queste situazioni, la stazione appaltante è tenuta a svolgere un ulteriore contraddittorio con l'operatore economico. Se questi non è in grado di dimostrare che l'aiuto era compatibile con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107 del TFUE, la stazione appaltante può escluderlo unicamente per questo motivo.

Nel caso in cui il contributo finanziario è concesso da uno Stato extra-UE, in base al Regolamento (UE) 2022/2560, la valutazione circa l'effetto non distorsivo per il mercato interno è svolta dalla Commissione europea.

Focus 6 - Il regolamento europeo sulle sovvenzioni estere nel settore dei contratti pubblici

Il Regolamento (UE) 2022/2560 affida alla Commissione europea il potere di indagare sulle sovvenzioni estere che hanno un effetto distorsivo sul mercato interno. A tal fine nell'ambito delle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici (quale che sia la forma di affidamento), a partire dal 12 ottobre 2023 l'operatore economico che partecipa a una procedura di appalto con valore stimato di almeno 250 milioni di euro, deve notificare alla stazione appaltante di aver beneficiato, nei tre anni precedenti, di contributi finanziari da parte di uno Stato extra UE per almeno 4 milioni di euro.

Per contributo finanziario si intende qualsiasi tipo di vantaggio economico, quali agevolazioni fiscali, prestiti o concessioni di garanzie, ricevuto dallo Stato estero o da una società il cui azionariato sia riconducibile allo Stato o a un soggetto pubblico extra -UE.

L'obbligo di notificare i contributi esteri riguarda anche i raggruppamenti di operatori economici, nonché i subappaltatori e i fornitori principali. Sono considerati principali i subappaltatori e i fornitori quando la loro partecipazione garantisce l'apporto di elementi essenziali per l'esecuzione dell'appalto e, in ogni caso, la quota economica del loro contributo supera il 20 per cento del valore dell'appalto.

La stazione appaltante trasmette senza indugio la notifica alla Commissione europea, affinché questa valuti l'eventuale effetto distorsivo che tale beneficio può avere nel mercato interno.

Nella valutazione della distorsione, la Commissione effettua una comparazione tra gli effetti negativi e gli effetti positivi, ad esempio sussidi ricevuti a fini di protezione ambientale o di ricerca e sviluppo. L'operatore economico può spiegare le proprie ragioni in contraddittorio con la Commissione.

Se gli effetti negativi sono superiori a quelli positivi, la Commissione vieta l'aggiudicazione a favore dell'offerente sovvenzionato. Questi può evitare l'esclusione dalla procedura, assumendo impegni volti a porre rimedio alla distorsione.

Se invece dall'esame non emerge una distorsione del mercato interno, la Commissione adotta la decisione di non sollevare obiezione e la procedura di appalto può concludersi ed essere aggiudicata.

Sino alla decisione della Commissione, la stazione appaltante non può procedere all'aggiudicazione dell'appalto.

Anche in assenza del superamento della soglia indicata per l'obbligo di notifica, l'operatore economico deve presentare alla stazione appaltante una dichiarazione con l'elenco di tutti i contributi finanziari esteri o un'attestazione di mancato ricevimento. Se la stazione appaltante sospetta la presenza di sovvenzioni estere distorsive, comunica tali sospetti alla Commissione che può avviare una procedura d'ufficio. Anche altre persone fisiche o giuridiche possono riferire alla Commissione qualsiasi informazione relativa alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno e comunicare qualsiasi sospetto di eventuale falsa dichiarazione.

Il Regolamento di esecuzione (UE) 2023/1441 definisce le regole che le imprese devono seguire per effettuare le notifiche alla Commissione europea, i loro diritti procedurali, i poteri investigativi della Commissione europea e la tempistica della procedura di notifica e di comunicazione.

6.6 La conclusione del contratto

Dopo le fasi della selezione del contraente e dell'aggiudicazione della procedura si passa alla stipula del contratto (art. 18) e alla sua esecuzione (artt. 113-124). Anche nelle disposizioni che regolano tali momenti si rinviengono le finalità di razionalizzazione e semplificazione che ispirano l'intero Codice.

Da un punto di vista sistematico, infatti, le norme relative all'aggiudicazione del contratto vengono separate da quelle che regolano la stipula del contratto¹³⁸, definendo con maggior chiarezza i rispettivi ambiti applicativi. Nello stesso modo, la fase dell'esecuzione è disciplinata nella Parte V del Libro II del Codice a ciò specificatamente dedicata, rinviando ai relativi allegati per la normativa di dettaglio. Questa nuova disposizione è volta a sottolineare come la stipula del contratto segna il momento di passaggio dalla fase procedurale, in cui prevale la dimensione pubblicistica, alla fase contrattuale, da cui origina un rapporto di natura paritetica tra i contraenti che, per quanto non espressamente previsto dal Codice, segue le previsioni del codice civile. Le nuove norme, inoltre, stabilizzano molte delle disposizioni introdotte durante il periodo emergenziale volte a garantire la certezza dei tempi di esecuzione del contratto e la sua

**Le novità
formali e
sostanziali**

¹³⁸ Precedentemente regolate entrambe dall'articolo 33 del decreto legislativo n. 50/2016.

prosecuzione, in caso di eventi imprevisi o imprevedibili in attuazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale di cui all'articolo 9 del nuovo Codice.

La stipula del contratto

L'articolo 18 del Codice definisce con maggiore chiarezza e organicità i requisiti di forma del contratto, le modalità e i tempi per la sua stipulazione, nonché i rimedi in caso di mancata o tardiva stipula.

I requisiti

La forma del contratto

La disposizione, in particolare, conferma, al primo comma, l'obbligo della forma scritta a pena di nullità già previsto dal precedente Codice. L'allegato I.3 precisa che per "scritto" si intende "un insieme di parole o cifre che può essere letto, riprodotto e poi comunicato, comprese le informazioni generate, trasmesse e archiviate con mezzi elettronici e con piattaforme di *e-procurement*".

Inoltre, il contratto, nel rispetto delle previsioni del decreto legislativo n. 82/2005 (CAD), deve essere stipulato in modalità elettronica in una delle seguenti forme: forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante, atto notarile informatico o scrittura privata.

In caso di procedura negoziata o di affidamento diretto è consentita la stipulazione mediante corrispondenza secondo l'uso commerciale, cioè, basata sullo scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o sistemi elettronici di recapito certificato qualificato ai sensi del Regolamento (UE) n. 910/2014.

Gli allegati al contratto

Al contratto vanno allegati i capitolati e il computo metrico estimativo richiamati nel bando o nell'invito, che costituiscono parte integrante del contratto, in quanto utili alla precisa individuazione del contenuto delle prestazioni.

I tempi

Il contratto deve essere stipulato entro 60 giorni dall'aggiudicazione, anche in pendenza di un eventuale contenzioso; resta salvo l'esercizio dei poteri di autotutela. Tale termine subisce eccezioni nei casi di:

- affidamento di contratti di importo inferiore alle soglie europee¹³⁹;

¹³⁹ Nel caso di affidamenti sottosoglia, il contratto deve essere stipulato entro trenta giorni dall'aggiudicazione, cfr. art. 55, comma 2.

- diverso termine previsto nel bando o nell'invito a offrire;
- differimento concordato con l'aggiudicatario e motivato in base all'interesse della stazione appaltante o dell'ente concedente, compatibilmente con quello generale alla sollecita esecuzione del contratto;
- ricorso verso l'aggiudicazione con contestuale presentazione di domanda cautelare (cd. *standstill* processuale). In tal caso, al fine di non vanificare la tutela cautelare, il contratto non può essere stipulato dal momento della notifica dell'istanza cautelare fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare di primo grado o del dispositivo o della sentenza di primo grado, in caso di decisione del merito all'udienza cautelare. L'effetto sospensivo cessa se, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente, o se il ricorso (in sede cautelare o di merito) è ritenuto infondato, oppure se il giudice fissa l'udienza di merito senza pronunciarsi sulla domanda cautelare con il consenso delle parti (che vale come rinuncia implicita) o, ancora, se in sede di udienza cautelare il giudice fissa l'udienza di merito senza disporre misure cautelari.

In ogni caso, il contratto non può essere stipulato prima di 35 giorni (c.d. *standstill*) dall'invio del provvedimento di aggiudicazione da parte della stazione appaltante. Il meccanismo dello *standstill* non si applica quando:

- si tratta di appalti di importo inferiore alle soglie europee;
- alla procedura è stata ammessa una sola offerta e non sono state presentate impugnazioni o queste ultime sono state respinte con sentenza definitiva;
- gli appalti sono basati su accordo quadro o sistema dinamico di acquisizione.

I rimedi

Quando la stipula del contratto non avviene nei termini indicati, l'articolo 18 prevede alcune conseguenze, distinguendo tra l'ipotesi in cui ciò avvenga per fatto imputabile alla stazione appaltante, da quella in cui avvenga per fatto imputabile all'aggiudicatario (commi 5 e 6).

**La mancata
stipula del
contratto**

Nel primo caso, all'aggiudicatario viene riconosciuta la facoltà di scegliere tra due soluzioni alternative: promuovere l'accertamento del silenzio inadempimento, oppure liberarsi da ogni vincolo contrattuale mediante atto notificato. L'aggiudicatario, tuttavia, non ha diritto ad alcun indennizzo, ma solo al rimborso delle spese contrattuali.

Nel caso la mancata stipula derivi da un fatto dell'aggiudicatario, la stazione appaltante può esercitare i suoi poteri di autotutela (considerando la conclusione tardiva inadeguata

al soddisfacimento dell'interesse pubblico) e revocare il provvedimento di aggiudicazione. Tuttavia, poiché l'esercizio dei poteri di autotutela non è obbligatorio, resta nella facoltà delle parti procedere a una stipula tardiva del contratto, purché ciò corrisponda al perseguimento dell'interesse pubblico¹⁴⁰.

Sulla possibilità di stipulare il contratto anche fuori dai termini previsti dalla normativa, una recente pronuncia del Consiglio di Stato ha sottolineato che “se è vero che il termine per la conclusione del contratto non può ritenersi inderogabilmente perentorio, è altresì vero che l'intera normativa nella materia dei contratti pubblici converge univocamente nel senso di ritenere la conclusione del contratto un adempimento da definirsi nel tempo più rapido possibile”; tale termine tuttavia è “derogabile, solo in via di eccezione, con conseguenziale obbligo di motivazione, imposto in capo alla stazione appaltante, sul preminente interesse pubblico che giustifica la dilazione, quale deroga alla spedita conclusione del contratto in potenziale contrasto con l'interesse prevalente alla esecuzione puntuale dei connessi adempimenti contrattuali, in una dinamica improntata sempre più a criteri di massima accelerazione”¹⁴¹.

L'approvazione del contratto

Un'importante novità rispetto al passato riguarda la procedura di approvazione del contratto. La disciplina precedente stabiliva che il contratto, una volta stipulato, era sottoposto alla condizione sospensiva dell'esito positivo della procedura di approvazione, volta a consentire alla stazione appaltante di effettuare controlli richiesti dalle proprie norme. Con lo scopo di accelerare la fase esecutiva e evitare ritardi nel compimento di tali attività che potevano pregiudicare sia l'interesse dell'aggiudicatario sia quello al buon andamento e all'efficienza della pubblica amministrazione, l'articolo 18, comma 8 trasforma la condizione da sospensiva a risolutiva. Pertanto, l'esito negativo della procedura di approvazione, che dovrà essere effettuata entro trenta giorni dalla stipula, comporta la risoluzione del contratto. Decorso tale periodo, in caso di silenzio da parte della stazione appaltante, il contratto si intende approvato.

La garanzia definitiva

In fase di sottoscrizione del contratto, l'appaltatore deve prestare una garanzia, denominata garanzia definitiva (articolo 117). Essa si distingue dalla garanzia prestata per la partecipazione alla procedura (articolo 106), in quanto quest'ultima è costituita da tutti i concorrenti e si scioglie al momento dell'aggiudicazione, mentre la garanzia

¹⁴⁰ In tal senso v. Relazione illustrativa al Codice.

¹⁴¹ Consiglio di Stato 21 giugno 2023, n. 6074.

definitiva è costituita in fase di stipula del contratto ed è un obbligo che ricade unicamente sull'aggiudicatario.

La garanzia definitiva è volta ad assicurare:

- l'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto;
- il risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni assunte;
- il rimborso delle somme pagate in più all'esecutore rispetto alle risultanze della liquidazione finale (in tal caso, salvo la risarcibilità del maggior danno verso l'appaltatore).

Per quanto riguarda le modalità di costituzione, le eventuali riduzioni e i soggetti legittimati al rilascio della garanzia definitiva, l'articolo 117 rinvia in larga parte alle disposizioni previste all'articolo 106 in tema di garanzia provvisoria.

La mancata costituzione della garanzia definitiva determina non solo la decadenza dell'affidamento, con conseguente aggiudicazione dell'appalto al concorrente che segue nella graduatoria, ma permette alla stazione appaltante di acquisire la garanzia provvisoria presentata in sede di offerta.

**Gli effetti
della
mancata
costituzione**

Inoltre, la garanzia definitiva viene svincolata progressivamente in base all'avanzamento dell'esecuzione del contratto, nel limite massimo dell'80% dell'iniziale importo garantito, e cessa di avere effetto solo alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione. Lo svincolo è automatico, senza necessità del nulla osta da parte del committente a condizione che l'appaltatore abbia consegnato all'istituto garante gli stati di avanzamento dei lavori o analogo documento, in originale o in copia autentica, che attestino l'avvenuta esecuzione¹⁴².

Una novità significativa della nuova disciplina è contenuta nell'articolo 117, comma 4 che, per i soli contratti di lavori, introduce un sistema di ritenute di garanzia. In base a tale disposizione all'appaltatore è concessa la facoltà di chiedere di sostituire la garanzia definitiva con l'applicazione di una ritenuta sugli stati di avanzamento pari al 10% degli stessi¹⁴³. La richiesta deve essere avanzata prima della stipulazione del contratto, al fine

¹⁴² Decorsi 15 giorni dalla consegna degli stati di avanzamento o della documentazione analoga, il mancato svincolo costituisce inadempimento del garante nei confronti dell'impresa per cui la garanzia è prestata. Lo svincolo automatico si applica a tutti i tipi di contratto di appalto (lavori, servizi e forniture).

¹⁴³ Restano ferme invece la garanzia fideiussoria costituita per l'erogazione dell'anticipazione e quella da costituire per il pagamento della rata di saldo.

di consentire alla stazione appaltante di valutare se ricorrano ragioni di rischio, dovute a particolari caratteristiche dell'appalto o a specifiche situazioni soggettive dell'esecutore dei lavori, che giustificano l'opposizione alla sostituzione della garanzia.

**La garanzia
per la fine
dei lavori**

In fase di ultimazione dei lavori, l'appaltatore deve costituire:

- per il pagamento della rata di saldo, una cauzione di una fideiussione bancaria o assicurativa pari all'importo della stessa rata maggiorato del tasso di interesse intercorrente tra la data di emissione del certificato di collaudo o della verifica di conformità e il momento in cui tali atti si considerano definitivi¹⁴⁴;
- almeno dieci giorni prima della consegna dei lavori, una polizza di assicurazione al fine di coprire i danni subiti dalla stazione appaltante e derivanti da eventuale danneggiamento o distruzione totale o parziale di impianti ed opere, anche preesistenti, verificatisi nel corso dell'esecuzione dei lavori.

**L'esonero da
garanzia**

Un altro aspetto innovativo è contenuto nell'articolo 117, comma 14 in tema di esonero dalla garanzia¹⁴⁵. Alla stazione appaltante, previa adeguata motivazione, viene consentito di procedere in assenza di garanzia, non solo nel caso di un miglioramento riferito al prezzo di aggiudicazione, ma anche in presenza di un miglioramento di tipo qualitativo inerente alle condizioni di esecuzione. L'estensione della previsione anche alle condizioni di esecuzione è giustificata dal fatto che la precedente normativa, riferendosi all'esonero della garanzia nel solo caso di un miglioramento delle condizioni economiche, era rimasta, di fatto, spesso inapplicata in quanto questa è risultata un'ipotesi difficilmente praticabile¹⁴⁶.

**Le garanzie
per lavori di
particolare
valore**

Per l'esecuzione di lavori di particolare valore sono previste regole speciali (articolo 118).

Per "lavori di particolare valore" si intendono i lavori, di qualunque ammontare, affidati a un contraente generale e i lavori di ammontare superiore a 100 milioni di euro.

Per i primi, il soggetto aggiudicatario, al posto della garanzia definitiva deve costituire una garanzia dell'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e del risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento degli stessi (la c.d. *garanzia di buon*

¹⁴⁴ V. articolo 117, comma 9 del Codice.

¹⁴⁵ L'esonero dalla garanzia definitiva è possibile per i contratti affidati ad operatori economici di comprovata solidità nonché per le forniture di beni che per la loro natura, o per l'uso speciale cui sono destinati, devono essere acquistati nel luogo di produzione o forniti direttamente dai produttori, e per le forniture di prodotti d'arte, macchinari, strumenti e lavori di precisione la cui esecuzione deve essere affidata a operatori specializzati.

¹⁴⁶ In tal senso v. la Relazione illustrativa al Codice.

adempimento) e una garanzia di conclusione dell'opera in caso di risoluzione del contratto (c.d. *garanzia per la risoluzione*),

Per i lavori superiori a 100 milioni di euro, la sostituzione della garanzia definitiva con la garanzia di buon adempimento e di quella per la risoluzione è facoltativa, in quanto possibile solo se prevista dal bando o dall'avviso di gara.

6.7 L'esecuzione del contratto

In ragione della rilevanza che la fase dell'esecuzione del contratto assume per la realizzazione delle finalità pubblicistiche, il Codice ne riscrive le regole in modo chiaro, dedicandovi più articoli e rinviando agli allegati la disciplina di dettaglio.

L'articolo 114 del Codice attribuisce in primo luogo al RUP l'attività di direzione dei contratti e il controllo dei livelli di qualità delle prestazioni, ribadendo la centralità di tale figura anche nella fase dell'esecuzione del contratto. In tale attività il RUP può essere coadiuvato da diverse figure professionali: i) il direttore dei lavori e eventualmente l'ufficio di direzione lavori; ii) il direttore dell'esecuzione dei contratti aventi ad oggetto servizi e forniture; iii) il coordinatore in materia di salute e sicurezza durante l'esecuzione; iv) il collaudatore o la commissione di collaudo; v) il verificatore della conformità per i contratti di servizi o forniture¹⁴⁷.

**Il ruolo del
RUP nella
fase di
esecuzione**

Le attività preliminari, operative e conclusive

L'esecuzione del contratto ha inizio con la consegna dei lavori o con l'avvio dell'esecuzione delle prestazioni e si conclude con l'approvazione del collaudo (per i lavori) o con la verifica di conformità (per i servizi e le forniture).¹⁴⁸

La consegna dei lavori è effettuata dal direttore dei lavori, previa comunicazione all'esecutore del giorno e del luogo in cui deve presentarsi per essere immesso nella piena disponibilità dell'area al fine di insediare il cantiere¹⁴⁹. Si tratta, dunque, di un atto che richiede la necessaria partecipazione del committente e dell'appaltatore, per cui

**La consegna
dei lavori**

¹⁴⁷ Sulla nomina e i compiti del collaudatore e del verificatore della conformità si rinvia al paragrafo successivo sulle attività finali dell'esecuzione.

¹⁴⁸ Le modalità di svolgimento della fase esecutiva del contratto, nonché delle attività di collaudo e di verifica di conformità sono disciplinate nell'Allegato II.14 che ricalca in larga misura le disposizioni, adottate in base alla precedente normativa e contenute nel decreto ministeriale 7 marzo 2018, n. 49.

¹⁴⁹ La consegna deve essere effettuata entro 45 giorni: i) dalla data di registrazione del decreto di approvazione del contratto da parte della Corte dei Conti o dall'approvazione del contratto, qualora la registrazione non sia richiesta dalla legge, per le amministrazioni centrali; ii) dalla stipula del contratto per le altre stazioni appaltanti.

quest'ultimo non può iniziare i lavori senza che la stazione appaltante, attraverso il direttore dei lavori, non abbia proceduto alla consegna delle aree. La consegna dei lavori fissa il momento da cui decorre il termine per l'ultimazione dei lavori e deve risultare da verbale sottoscritto dal direttore dei lavori e dall'esecutore¹⁵⁰.

Una volta avvenuta la consegna spetta all'appaltatore l'organizzazione dei lavori, ferma restando la possibilità per la stazione appaltante di esercitare poteri di vigilanza e controllo sulla regolare esecuzione dell'opera, sul rispetto dei tempi e dei limiti di spesa. In particolare, la stazione appaltante, attraverso il direttore dei lavori impartisce le disposizioni e le istruzioni relative agli aspetti tecnici ed economici della gestione dell'appalto; verifica la qualità dei materiali, l'adeguatezza dei manufatti e dei procedimenti tecnici eseguiti; effettua verifiche sulla corretta compilazione della contabilità dei lavori e di tutti gli atti relativi alla sua gestione (cd. controllo tecnico, contabile e amministrativo)¹⁵¹.

Per i contratti di servizi e forniture, nel momento di avvio dell'esecuzione delle prestazioni, il direttore dell'esecuzione fornisce all'appaltatore tutte le istruzioni e le direttive necessarie utili all'esecuzione del contratto (per es. l'indicazione del luogo di esecuzione della prestazione o la messa a disposizione di mezzi e strumenti).

Anticipazione del prezzo e pagamenti di acconti

Entro 15 giorni dalla consegna dei lavori o dall'avvio dell'esecuzione, la stazione appaltante deve corrispondere all'appaltatore l'anticipazione almeno del 20% del prezzo dell'appalto. L'anticipazione del prezzo non è dovuta nel caso di una serie di contratti di forniture e servizi indicati nell'Allegato II.14, in ragione della loro natura¹⁵².

¹⁵⁰ Nel caso in cui l'esecutore non si presenti, senza giustificato motivo, la stazione appaltante può risolvere il contratto e trattenere la cauzione, oppure fissare un'altra data per la consegna, fermo restando che il termine finale per l'adempimento continuerà a decorrere dalla data della prima convocazione. Qualora, invece, sia la stazione appaltante ad operare in ritardo la consegna, l'esecutore può chiedere di recedere dal contratto e di ottenere il rimborso delle spese sostenute e documentate. In alcuni casi indicati nel capitolato la stazione appaltante può rigettare l'istanza di recesso ed effettuare comunque la consegna. Qualora ciò si verifichi, l'esecutore avrà diritto a un indennizzo per i maggiori oneri causati dal ritardo. È, inoltre, possibile una consegna parziale, se prevista dal capitolato speciale, in relazione alla natura e all'entità dei lavori da eseguire, ovvero nei casi di temporanea indisponibilità delle aree e degli immobili.

¹⁵¹ Le modalità per lo svolgimento dell'attività di controllo tecnico contabile e amministrativo, da eseguirsi tramite piattaforme digitali, sono disciplinate all'articolo 115.

¹⁵² Si tratta ad esempio di contratti a esecuzione immediata o di contratti il cui prezzo è calcolato sulla base del reale consumo o di contratti che prevedono prestazioni intellettuali.

Rispetto a quanto previsto dal decreto legislativo n. 50/2016, l'articolo 125 apporta due novità principali. Anzitutto viene introdotta la possibilità per la stazione appaltante di prevedere nei documenti di gara un incremento della percentuale della somma da anticipare fino al 30% del corrispettivo dovuto. Inoltre, viene precisato che nei contratti pluriennali, l'importo dell'anticipazione va calcolato sul valore delle prestazioni di ciascuna annualità ed è corrisposto entro 15 giorni dall'effettivo inizio della prima prestazione utile relativa a ciascuna annualità, secondo il cronoprogramma delle prestazioni.

Per i contratti di lavori, entro 30 giorni dall'adozione dello stato di avanzamento dei lavori, all'appaltatore spetta il pagamento di acconti sul corrispettivo. Il termine di emissione degli acconti può variare (comunque non può superare 60 giorni), in funzione della natura particolare del contratto o dalle sue caratteristiche. Rispetto alla normativa precedente e al fine di offrire maggiore tutela all'appaltatore, l'articolo 125 collega l'emissione della fattura dell'appaltatore al momento dell'adozione dello stato di avanzamento dei lavori da parte del direttore dei lavori; da tale momento decorrono i 30 giorni previsti per il pagamento della fattura in conformità alla disciplina sui ritardi di pagamento¹⁵³.

Entro sei mesi¹⁵⁴ dall'ultimazione dei lavori o delle prestazioni – che deve avvenire nel rispetto dei tempi previsti dal contratto salvo eventuali proroghe – la stazione appaltante deve compiere le operazioni di collaudo (per i lavori) e di verifica della conformità (per le forniture e i servizi). Tali attività sono regolate dall'articolo 116 del Codice che riprende, seppur con qualche innovazione la precedente disciplina, e dagli articoli 13 e seguenti dell'allegato II.14¹⁵⁵.

**Il collaudo e
la verifica di
conformità**

La finalità delle operazioni conclusive dell'esecuzione è di verificare e certificare che i lavori e le prestazioni siano stati eseguiti nel rispetto delle caratteristiche tecniche, economiche e qualitative richieste nonché degli obiettivi e dei tempi indicati nel contratto.

¹⁵³ La disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali è contenuta nel decreto legislativo n. 192/2012 che ha recepito la direttiva 2011/7/UE. Per un'analisi approfondita della normativa cfr. circolare Assonime 23/2014. Sul punto v. anche proposta di Regolamento (UE) COM(2023) 533 final del 12 settembre 2023 volta ad abrogare e sostituire la precedente direttiva.

¹⁵⁴ Tale termine può essere esteso a un anno nei casi di lavori di particolare complessità (tassativamente indicati nell'allegato II.14) o essere ridotti, qualora la lettera di incarico lo preveda, per i lavori di minor complessità.

¹⁵⁵ Le disposizioni dell'Allegato II.14 riproducono pedissequamente le previsioni del decreto ministeriale 1° luglio 2022.

Per i contratti di lavori, le operazioni di collaudo sono affidate, come in passato, a un numero da uno a tre collaudatori nominati tra i dipendenti della stazione appaltante o di altre amministrazioni pubbliche, con qualificazione rapportata alla tipologia e alle caratteristiche del contratto e in possesso di requisiti di moralità, competenza e professionalità. Se scelti tra i dipendenti della stessa stazione appaltante, essi devono appartenere a strutture funzionalmente indipendenti. Per i contratti di servizi e forniture, i compiti di verifica della conformità delle prestazioni sono attribuiti direttamente al RUP, a meno che non sia stato nominato un direttore dell'esecuzione diverso.

La procedura di collaudo può essere suddivisa in tre fasi: i) la verifica dell'opera; ii) l'emissione del certificato di collaudo; iii) l'approvazione del collaudo da parte della stazione appaltante¹⁵⁶.

Le modalità tecniche e i tempi delle operazioni di collaudo sono regolati dalle disposizioni contenute nell'allegato II.14; mentre le modalità e i tempi per la verifica delle prestazioni sono stabiliti dalla stazione appaltante nel capitolato.

Il certificato di collaudo ha carattere provvisorio fino a due anni dall'emissione; decorso tale periodo esso assume carattere definitivo; il collaudo si intende tacitamente approvato dopo 26 mesi dall'emissione del certificato.

L'emissione del certificato provvisorio consente lo svincolo della cauzione, nonché il pagamento della rata di saldo all'esecutore. Prima che il certificato di collaudo assuma carattere definitivo, l'appaltatore continua a rispondere per difformità e vizi dell'opera¹⁵⁷.

Penali e premi di accelerazione

Per incentivare il rispetto dei termini di esecuzione del contratto l'articolo 126 delinea un sistema di penali per il ritardo e di premi in caso di anticipo dei termini. La previsione delle penali è obbligatoria, mentre l'introduzione dei premi è lasciata alla discrezionalità della stazione appaltante.

Le penali sono commisurate ai giorni di ritardo rispetto al termine fissato nel contratto e sono proporzionali all'importo del contratto, in quanto sono calcolate sulla base della misura giornaliera compresa tra lo 0,3 per mille e l'1 per mille dell'ammontare netto

¹⁵⁶ Il certificato di collaudo o di verifica di conformità, nelle specifiche ipotesi indicate nell'Allegato II.14, possono essere sostituiti dal certificato di regolare esecuzione.

¹⁵⁷ Ferma restando la responsabilità decennale ex articolo 1669 del codice civile per vizi del suolo o per difetti della costruzione.

contrattuale, da determinare in relazione all'entità delle conseguenze legate al ritardo, con il limite del 10% di tale ammontare¹⁵⁸.

L'assegnazione di premi di accelerazione è invece prevista soltanto per gli appalti di lavori, se inserita nei documenti di gara¹⁵⁹. Il premio è riconosciuto per ogni giorno di anticipo rispetto al termine finale fissato nel contratto. Esso è determinato sulla base degli stessi criteri stabiliti per il calcolo delle penali ed è corrisposto dalla stazione appaltante in seguito al rilascio del certificato di collaudo. Le risorse economiche sono attinte dalle somme indicate nel quadro economico dell'intervento alla voce "imprevisti", nei limiti delle risorse disponibili.

Infine, l'articolo 126, in linea con l'orientamento della giurisprudenza civile¹⁶⁰, riconosce la possibilità di corrispondere premi di accelerazione anche quando il termine di conclusione del contratto è stato prorogato e l'ultimazione dei lavori avviene in anticipo rispetto al nuovo termine. Tale facoltà deve, tuttavia, risultare da clausole chiare e inequivocabili nei documenti di gara e nel contratto.

Le riserve e la loro risoluzione

Nel corso dell'esecuzione del contratto possono verificarsi alcune circostanze che legittimano l'esecutore a formulare nei confronti della stazione appaltante pretese economiche ulteriori rispetto a quanto originariamente pattuito (ad esempio maggiori corrispettivi rispetto a quelli determinati dalla contabilità dei lavori o pretese di natura risarcitoria). A tal fine al momento della firma del registro di contabilità, l'appaltatore può firmare con riserva: in tal modo la sua sottoscrizione perde il significato di accettazione del documento contabile e, entro 15 giorni, può presentare domanda di adeguamento del corrispettivo.

Le riserve

Nell'ambito della disciplina dei contratti pubblici, quello delle riserve rappresenta uno degli istituti più volte modificati e che maggiormente ha dato luogo a contenzioso. Nel corso del tempo, infatti, si è passati da una rigida procedimentalizzazione (con il d.p.r. n.

¹⁵⁸ Per i contratti riguardanti investimenti pubblici finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR continua ad applicarsi l'articolo 50 del decreto-legge n. 77/2021 che prevede l'applicazione di penali di importo maggiore (compreso tra lo 0.6 per mille e l'1 per mille dell'ammontare netto contrattuale), con un tetto massimo del 20%.

¹⁵⁹ Pertanto, contrariamente al criterio delega che, nell'ottica di estendere i meccanismi sanzionatori e premiali, non prevede alcuna differenza in relazione all'oggetto del contratto, i contratti di servizi e forniture sono esclusi dal riconoscimento dei premi di accelerazione.

¹⁶⁰ In tal senso v. Cassazione Civile 30 marzo 2011, n. 7204.

207/2010) finalizzata a consentire alla stazione appaltante il costante controllo della spesa¹⁶¹, a un'ampia delegificazione (con il decreto ministeriale 49/2018) volta a rimettere alla discrezionalità della stazione appaltante la relativa regolamentazione¹⁶². Tale soluzione, tuttavia, aveva determinato incertezza e disomogeneità nei comportamenti delle stazioni appaltanti tali da far sorgere questioni di legittimità.

Con lo scopo di dettare una disciplina uniforme e limitare il contenzioso, il Codice ha rimesso nuovamente alla fonte primaria le norme relative alle riserve, regolando l'istituto all'articolo 115, commi da 2 a 4 e rinviando all'allegato II.14 per le previsioni di maggior dettaglio.

Le nuove norme, in primo luogo, chiariscono la finalità dell'istituto che è quella di assicurare alla stazione appaltante, durante l'intera fase di esecuzione del contratto: i) il continuo ed efficace controllo della spesa pubblica; ii) la tempestiva conoscenza e valutazione delle eventuali pretese economiche avanzate dall'appaltatore, sulla base delle risultanze contenute nel registro di contabilità; iii) l'adozione di ogni misura e iniziativa volte a evitare che i fondi impegnati si rivelino insufficienti.

In secondo luogo, vengono specificate le modalità per l'iscrizione delle riserve e i contenuti delle stesse. In particolare, viene previsto che le riserve:

- devono essere iscritte, a pena di decadenza, sul primo atto dell'appalto idoneo a riceverle, successivo all'insorgenza o alla cessazione del fatto che ha determinato il pregiudizio dell'esecutore;
- devono essere iscritte, sempre a pena di decadenza, anche nel registro di contabilità all'atto della firma immediatamente successiva al verificarsi o al cessare del fatto pregiudizievole, nonché all'atto della sottoscrizione del certificato di collaudo;
- devono essere espressamente confermate sul conto finale. In assenza di conferma le riserve si intendono rinunciate e il conto finale definitivamente accettato.

¹⁶¹ In tal senso v. Cassazione civile 31 dicembre 2020, n. 29988 e Cassazione civile 5 settembre 2018, n. 21656.

¹⁶² Tale scelta era stata seguita in attuazione delle indicazioni del Consiglio di Stato contenute nel parere del 12 febbraio 2018, n. 360 con il quale si invitava il Ministero a valutare l'opportunità che fossero le stazioni appaltanti ad inserire nei capitolati speciali le norme contenute nel presente schema di regolamento, piuttosto che dettare direttamente la disciplina.

Quanto ai contenuti, le riserve devono essere formulate in modo specifico e indicare con precisione le ragioni sulle quali si fondano. Esse devono contenere:

**Il contenuto
delle riserve**

- la precisa e definitiva quantificazione delle somme che l'esecutore ritiene gli siano dovute¹⁶³;
- l'indicazione degli ordini di servizi, emanati dal direttore dei lavori o dal direttore dell'esecuzione, che hanno inciso sulle modalità di esecuzione dell'appalto;
- le contestazioni relative all'esattezza tecnica delle modalità costruttive previste dal capitolato speciale d'appalto o dal progetto esecutivo;
- le contestazioni relative alla difformità rispetto al contratto delle disposizioni e delle istruzioni relative agli aspetti tecnici ed economici della gestione dell'appalto;
- le contestazioni relative alle disposizioni e istruzioni del direttore dei lavori o del direttore dell'esecuzione che potrebbero comportare la responsabilità dell'appaltatore o che potrebbero determinare vizi o difformità esecutive dell'appalto.

Viene precisato che non costituiscono riserve:

**Le pretese
che non
costituiscono
riserve**

- le contestazioni e le pretese economiche che siano estranee all'oggetto dell'appalto o al contenuto del registro di contabilità;
- le richieste di rimborso delle imposte corrisposte in esecuzione del contratto di appalto;
- il pagamento degli interessi moratori per ritardo nei pagamenti;
- le contestazioni circa la validità del contratto;
- le domande di risarcimento motivate da comportamenti della stazione appaltante o da circostanze a quest'ultima riferibili;
- il ritardo nell'esecuzione del collaudo motivato da comportamento colposo della stazione appaltante.

Tali circostanze mal si adattano alla natura di riserva, in quanto esse non sono volte a garantire il riequilibrio contrattuale, ma piuttosto a demolire il contratto o a farne valere

¹⁶³ È da rilevare come in modo innovativo la norma chiarisce espressamente come ci si dovrà comportare per il caso di riserve dovute a fatti continuativi. Si tratta, in particolare, di fatti che provocano pregiudizi all'appaltatore che non si esauriscono in un preciso momento, ma si protraggono nel tempo, anche a cavallo di più stati di avanzamento e non sono di immediata rilevanza onerosa. La giurisprudenza in passato aveva ritenuto che non vi fosse un onere di riserva per tali fatti, in quanto l'appaltatore non avrebbe potuto ancora trarre, dal ripetersi degli episodi a lui pregiudizievoli, la percezione della loro incidenza economica. La norma chiarisce, invece, che anche i fatti continuativi devono essere oggetto di iscrizione, ma non è necessaria la quantificazione in via definitiva della riserva. (V. art. 7, comma 2, lett. a) dell'Allegato II.14.

l'invalidità, nonché ad avanzare pretese ulteriori rispetto a quelle contrattuali (ad es. richieste di risarcimento di danni extracontrattuali per comportamenti illeciti della stazione appaltante). Non essendo considerate riserve, queste situazioni possono essere sempre contestate alla stazione appaltante, senza necessità di seguire le regole proprie delle riserve.

**La
risoluzione
delle riserve**

Se la stazione appaltante riconosce come fondate le contestazioni presentate dall'appaltatore, questi viene soddisfatto con il pagamento degli importi richiesti. In caso contrario, l'esecutore può attivare la tutela giudiziale o alternativa¹⁶⁴.

6.8 Il subappalto

Il contratto può essere eseguito direttamente e per l'intero dall'aggiudicatario oppure questi può affidare l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto aggiudicato a un subappaltatore.

Costituisce altresì subappalto di lavori qualsiasi contratto stipulato dall'appaltatore avente ad oggetto attività che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se il loro importo è superiore al 2% dell'importo delle prestazioni affidate o a 100.000 euro e l'incidenza del costo della manodopera e del personale è superiore al 50% dell'importo del contratto.

**Prestazioni
che non
rientrano
nel
subappalto**

Non sono considerati contratti di subappalto, i contratti con cui viene affidata:

- l'esecuzione di prestazioni secondarie, accessorie o sussidiarie (cd. subcontratti) da parte di lavoratori autonomi o di soggetti in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizi o fornitura sottoscritti prima dell'indizione della procedura finalizzata all'aggiudicazione dell'appalto¹⁶⁵;
- la subfornitura a catalogo di prodotti informatici;
- l'esecuzione di servizi di importo inferiore a 20.000 euro a imprenditori agricoli nei comuni classificati totalmente montani o nei comuni delle isole minori di cui all'allegato A della legge n. 448/2001.

L'articolo 119 del Codice disciplina il contratto di subappalto riproducendo in larga parte una serie di provvedimenti normativi adottati al fine di superare la procedura di infrazione

¹⁶⁴ Sulla risoluzione della controversia tramite lo strumento alternativo dell'accordo bonario, si rinvia al par. 9.2.

¹⁶⁵ Tali contratti devono essere comunicati alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto.

comunitaria, prevedendo altresì alcune integrazioni in linea con le indicazioni della Commissione europea, per le parti ancora rimaste inattuata¹⁶⁶.

Anzitutto l'articolo 119 ribadisce il principio generale secondo cui l'affidatario è tenuto a eseguire in proprio le opere, i servizi e le forniture compresi nel contratto aggiudicato.

Eventuali cessioni del contratto (ad eccezione delle ipotesi in cui ciò è previsto), accordi con cui viene affidata a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni appaltate ovvero la prevalente esecuzione delle lavorazioni definite prevalenti o dei contratti ad alta intensità di manodopera sono nulli. Per alcune ipotesi e nel rispetto di particolari condizioni, l'appaltatore può ricorrere al subappalto affidando a terzi l'esecuzione di parti del contratto, senza alcun limite quantitativo, ma prevedendo alcuni vincoli di tipo qualitativo.

Previa adeguata motivazione nella determina a contrarre, la stazione appaltante può indicare nei documenti di gara le prestazioni oggetto del contratto che devono essere eseguite direttamente dall'aggiudicatario. Le attività che non possono essere subappaltate sono individuate tenendo conto delle specifiche caratteristiche dell'appalto e della natura o complessità delle prestazioni, dell'esigenza di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro e di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori. Un'ulteriore esigenza che può giustificare l'esclusione del subappalto è quella di prevenire il rischio

**Le
prestazioni
dell'aggiudi-
catario**

¹⁶⁶ La Commissione europea con la lettera di costituzione in mora nell'ambito della procedura di infrazione n. 2018/2273 ha contestato all'Italia l'incompatibilità di alcune disposizioni, contenute in larga parte nel decreto legislativo n. 50/2016, in materia di contratti pubblici rispetto a quanto disposto dalle direttive europee relative alle concessioni (direttiva 2014/23), agli appalti pubblici nei settori ordinari (direttiva 2014/24) e agli appalti pubblici nei settori speciali (direttiva 2014/25). L'incompatibilità eccepita riguardava tra l'altro le previsioni nazionali in materia di subappalto. In particolare, la Commissione ha sollevato dubbi rispetto al: a) divieto di subappaltare più del 30 per cento di un contratto pubblico; b) divieto generale per i subappaltatori di fare ricorso a loro volta ad altri subappaltatori (subappalto a cascata); c) obbligo di indicazione di una terna di subappaltatori nei contratti di appalto e di concessione. Per quanto concerne il primo punto, in attesa di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici, il decreto-legge n. 32/2019 ha innalzato la soglia massima del subappalto dal 30% al 40% fino al 31 dicembre 2020. La Commissione europea ha ritenuto tale modifica insufficiente in quanto, non solo temporanea, ma comunque incompatibile con la giurisprudenza della Corte di Giustizia secondo la quale la normativa europea non contempla limitazioni quantitative al subappalto (Corte di Giustizia 27 settembre 2019, C-63/18). La quota subappaltabile è stata poi portata al 50% dal decreto-legge n. 183/2020. Il decreto-legge n. 32/2019 è intervenuto anche sull'obbligatorietà dell'indicazione della terna dei subappaltatori, disponendone la sospensione temporanea per gli appalti superiori alle soglie europee. L'obbligo è stato poi definitivamente soppresso con la legge n. 238/2021.

di infiltrazioni criminali, a meno che i subappaltatori non siano iscritti nelle c.d white list presso le prefetture¹⁶⁷ o nell'anagrafe antimafia degli esecutori¹⁶⁸.

Viene così data attuazione all'osservazione della Commissione europea secondo la quale la fissazione di un limite percentuale al subappalto generale e astratto, valido per tutti i contratti, senza spazio per una valutazione caso per caso da parte del soggetto aggiudicatore, è in contrasto con la libertà di circolazione.

Modalità del ricorso al subappalto

Condizioni del subappalto

Il subappalto deve rispettare le condizioni indicate al 4 comma dell'articolo 119.

Anzitutto il soggetto affidatario può ricorrere al subappalto, previa autorizzazione della stazione appaltante¹⁶⁹. Inoltre, il subappaltatore deve essere qualificato per le prestazioni che deve eseguire; non devono poi sussistere a suo carico cause di esclusione e all'atto dell'offerta deve indicare le parti del contratto che intende subappaltare.

Almeno venti giorni prima della data di inizio dell'esecuzione delle prestazioni, l'affidatario deve trasmettere alla stazione appaltante il contratto di subappalto (con l'indicazione puntuale delle prestazioni e degli aspetti economici), insieme con la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza delle cause di esclusione¹⁷⁰ e il possesso dei requisiti richiesti nonché la dichiarazione circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento con il subappaltatore.

La stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore l'importo dovuto per le prestazioni eseguite quando:

- il subappaltatore è una piccola o microimpresa;
- l'affidatario è inadempiente;

¹⁶⁷ Si tratta degli elenchi di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa istituiti presso ogni prefettura ai sensi dell'articolo 1, comma 52 della legge n. 190/2012.

¹⁶⁸ L'anagrafe antimafia degli esecutori è istituita presso il Ministero dell'interno ai sensi dell'articolo 30 del decreto-legge n. 189/2016.

¹⁶⁹ La stazione appaltante rilascia l'autorizzazione entro 30 giorni dalla richiesta; tale termine è prorogabile una sola volta per giustificati motivi. Trascorso tale termine, vale il silenzio assenso: l'autorizzazione si intende concessa. Per i subappalti inferiori al 2 % dell'importo delle prestazioni dell'appalto principale o di importo inferiore a 100.000 euro, il termine per il rilascio è ridotto alla metà.

¹⁷⁰ Se viene accertata la sussistenza di cause di esclusione in capo al subappaltatore questi è sostituito dall'affidatario, previa autorizzazione della stazione appaltante.

- lo richiede il subappaltatore e la natura del contratto lo consente.

Per il pagamento delle prestazioni rese nell'ambito del subappalto la stazione appaltante dovrà acquisire d'ufficio il documento unico di regolarità contributiva in corso di validità relativo al subappaltatore e all'affidatario (c.d. DURC). Al fine di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso irregolare, il DURC deve essere comprensivo della verifica di congruità dell'incidenza della manodopera relativa allo specifico contratto affidato¹⁷¹.

Tutela e sicurezza dei lavoratori

Per le prestazioni affidate in subappalto, il subappaltatore deve garantire gli stessi standard qualitativi previsti nel contratto di appalto; in particolare deve riconoscere ai lavoratori il trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale. Inoltre, se le attività oggetto del subappalto coincidono con quelle oggetto dell'appalto o sono incluse nell'oggetto sociale del contraente principale, il subappaltatore è tenuto ad applicare lo stesso contratto collettivo nazionale di lavoro adottato dal contraente principale¹⁷².

**Stesse tutele
del contratto
di appalto**

I costi relativi alla sicurezza e alla manodopera per le prestazioni affidate in subappalto sono corrisposti dall'affidatario all'impresa subappaltatrice e non possono essere oggetto di ribassi. Inoltre, se nel cantiere operano più subappaltatori, l'affidatario assume il ruolo di coordinamento, anche al fine di rendere i piani di sicurezza, redatti da ciascuno, compatibili tra loro e coerenti con il piano presentato dall'affidatario. Il direttore tecnico del cantiere è responsabile del rispetto del piano da parte di tutte le imprese impegnate nell'esecuzione dei lavori.

L'affidatario e il subappaltatore restano comunque responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante per le prestazioni oggetto del contratto di subappalto.

¹⁷¹ La congruità, per i lavori edili, è verificata dalla Cassa edile, mentre per i lavori non edili è verificata in comparazione con lo specifico contratto collettivo applicato.

¹⁷² In particolare, deve essere osservato il trattamento economico e normativo stabilito dal contratto collettivo nazionale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni. L'affidatario e il subappaltatore devono trasmettere alla stazione appaltante prima dell'inizio dei lavori, la documentazione di avvenuta denuncia agli enti previdenziali, assicurativi e antinfortunistici.

Il subappalto a cascata

Il comma 17 dell'articolo 119 dà attuazione all'indicazione della Commissione europea, relativa all'ammissibilità del cd. subappalto a cascata.

I limiti per il subappalto a cascata

Superando il divieto generale e universale secondo cui le prestazioni subappaltate non possono essere oggetto di ulteriore subappalto¹⁷³, il Codice, ricalcando quanto previsto in relazione al contratto di subappalto, consente alle stazioni appaltanti di indicare, nei documenti di gara, le prestazioni oggetto del contratto di appalto che, pur se subappaltabili, non possono essere oggetto di ulteriore subappalto.

Pertanto, anche in questo caso, il subappalto a cascata è generalmente consentito, salvo che la stazione appaltante non ponga dei limiti alle prestazioni che possono essere ulteriormente subappaltate. Questa decisione della stazione appaltante deve essere adeguatamente motivata, in ordine alla necessità che determinate prestazioni siano eseguite direttamente dal subappaltatore, secondo una valutazione da farsi caso per caso. Tale valutazione deve tener conto delle caratteristiche e della complessità delle attività da effettuare, nonché dell'esigenza di rafforzare il controllo delle attività di cantiere, e più in generale dei luoghi di lavoro, di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori nonché di prevenire il rischio di infiltrazioni criminose, salvo che gli ulteriori subappaltatori siano iscritti nelle white list presso le prefetture o nell'anagrafe antimafia degli esecutori.

¹⁷³ Nella lettera di costituzione in mora della Commissione europea a carico dell'Italia, tale previsione, contenuta nell'articolo 105 del decreto legislativo n. 50/2016, era stata ritenuta incompatibile con la normativa europea secondo cui non è consentito agli Stati membri di imporre un limite obbligatorio all'importo dei contratti pubblici da subappaltare.

Nodi da sciogliere

Sebbene il nuovo Codice abbia ammesso la possibilità di ricorrere al subappalto a cascata, non sono state tuttavia previste condizioni e modalità per il suo utilizzo. Ciò può comportare, in sede applicativa, alcune incertezze soprattutto in relazione agli strumenti volti a controllare la filiera di esecuzione del contratto pubblico. Ad esempio, non viene precisato se sia necessaria una specifica autorizzazione per gli ulteriori subappaltatori e se questa deve essere rilasciata dall'affidatario (soggetto preposto alla vigilanza e al controllo sull'esecuzione del contratto) e/o dal subappaltatore (secondo le regole del Codice Civile); anche in tema di sicurezza dei lavoratori sarebbe opportuno chiarire che gli stessi standard qualitativi, in termini di tutele normative ed economiche, garantiti ai lavoratori del subappalto dovrebbero applicarsi 'a cascata' anche ai lavoratori impiegati negli ulteriori subappalti.

6.9 Modifica, rinegoziazione e proroga del contratto

In virtù del principio di immodificabilità del contratto, dopo la stipulazione non è consentito né alla stazione appaltante né all'aggiudicatario né ad entrambe le parti di comune accordo, apportarvi alcuna modifica. Tale principio, tuttavia non ha carattere assoluto. Già la giurisprudenza della Corte di Giustizia, e successivamente la normativa europea e quella nazionale di attuazione, hanno consentito di modificare le clausole contrattuali purché esse non portino a un contenuto sostanzialmente diverso da quello del contratto iniziale¹⁷⁴.

Pertanto, in specifiche situazioni ed entro precisi limiti, nel corso di esecuzione del contratto possono essere introdotte modifiche sia soggettive sia oggettive, garantendo il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale.

In particolare, l'articolo 120 prevede che i contratti possono essere modificati senza procedere a un nuovo affidamento a condizione che le modifiche stesse non alterino la struttura del contratto o dell'accordo quadro, né l'operazione economica sottesa. Le

¹⁷⁴ Corte di Giustizia, 7 settembre 2016, C-549/14. In particolare, tale sentenza sancisce che le modifiche non devono avere l'effetto di: a) estendere l'appalto, in modo considerevole, ad elementi non previsti; b) alterare l'equilibrio economico contrattuale in favore dell'aggiudicatario; c) rimettere in discussione l'appalto, nel senso che se esse fossero state previste nei documenti disciplinati dalla procedura di aggiudicazione originaria, sarebbe stata accolta un'altra offerta oppure avrebbero potuto essere ammessi offerenti diversi.

**Le modifiche
che non
richiedono
gara**

modifiche, che possono essere apportate al contratto senza dover procedere a nuova gara, sono riconducibili a diverse categorie, a loro volta soggette a specifiche condizioni:

- modifiche già previste in clausole chiare, precise e inequivocabili dei documenti di gara iniziali, a prescindere dal loro valore monetario;
- sopravvenuta necessità di lavori, servizi o forniture supplementari non previsti nell'appalto iniziale, a condizione che: a) un cambiamento del contraente risulti impraticabile per motivi economici o tecnici o comporti per la stazione appaltante notevoli disagi o un sostanziale incremento dei costi¹⁷⁵; b) l'eventuale aumento di prezzo non ecceda il 50% del valore del contratto iniziale¹⁷⁶;
- necessità di eseguire varianti in corso d'opera a causa di circostanze imprevedibili da parte della stazione appaltante (ivi inclusi sopravvenuti provvedimenti di autorità o enti preposti alla tutela di interessi rilevanti), anche in questo caso a condizione che l'eventuale aumento di prezzo non ecceda il 50% del valore del contratto iniziale;
- sostituzione dell'aggiudicatario con un nuovo contraente nelle ipotesi di: a) clausole chiare, precise e inequivocabili nei documenti di gara relative a modifiche soggettive del contraente originario; b) successione per causa di morte, insolvenza o a seguito di ristrutturazioni societarie di altro operatore economico che soddisfi gli iniziali criteri di selezione, purché ciò non implichi ulteriori modifiche sostanziali al contratto e non sia funzionale ad eludere l'applicazione del Codice; c) ipotesi di assunzione da parte della stazione appaltante degli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori;
- modifiche il cui valore si colloca congiuntamente al di sotto delle soglie di rilevanza europea, nonché al di sotto del 10% del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e forniture e al di sotto del 15% del medesimo valore iniziale per i contratti di lavori;
- modifiche non sostanziali a prescindere dal loro valore.

**Le modifiche
che
richiedono
gara**

La norma individua poi alcune circostanze che danno luogo a modifiche sostanziali, e che quindi comportano sempre la necessità di procedere a nuova gara.

Oltre alle modifiche che alterano considerevolmente la struttura del contratto (o accordo quadro) e l'operazione economica sottesa, sono considerate modifiche sostanziali:

¹⁷⁵ Viene qui attribuito un ampio margine di discrezionalità alla stazione appaltante nel valutare quali siano i motivi tecnici o i disagi che impediscono il cambiamento del contraente.

¹⁷⁶ Si tratta di una condizione oggettiva che dà luogo a un'attività vincolata da parte della stazione appaltante.

-
- le condizioni che, se introdotte in origine, avrebbero consentito di ammettere candidati diversi da quelli selezionati o di accettare un'offerta diversa da quella accettata o ancora di attrarre più partecipanti alla gara;
 - le modifiche che cambiano l'equilibrio economico del contratto a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale;
 - le modifiche che estendono notevolmente l'ambito di applicazione del contratto o che determinano la sostituzione dell'aggiudicatario al di fuori dei casi sopra previsti.

Le modifiche possono riguardare anche il progetto. Tali modifiche non sono considerate sostanziali quando sono volte ad assicurare risparmi rispetto alle previsioni iniziali (da utilizzare in compensazione per far fronte alle variazioni in aumento dei costi delle lavorazioni) o realizzano soluzioni equivalenti o migliorative in termini economici, tecnici o di tempi¹⁷⁷. In tali casi, tuttavia, per non richiedere una nuova gara, le modifiche devono trovare copertura nelle somme a disposizione del quadro economico, non comportare aumenti di spesa e mantenere la funzionalità dell'opera.

**Le modifiche
al progetto**

Sia le modifiche alle clausole contrattuali sia le modifiche al progetto devono essere approvate dalla stazione appaltante.

Infine, alle modifiche e alle varianti in corso d'opera deve essere data adeguata pubblicità. In particolare, l'articolo 120, comma 14 prevede che le modifiche per sopravvenuta necessità di lavori servizi o forniture nonché le varianti in corso d'opera dovute a circostanze imprevedibili devono essere pubblicate a cura della stazione appaltante sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea e comunicate all'ANAC a cura del RUP¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Tale disposizione trae origine dalla disposizione del decreto-legge n. 77/2022 (articolo 7) che ammetteva varianti in corso d'opera per far fronte all'incremento dei costi dei materiali. Secondo la Relazione illustrativa al Codice tale previsione costituisce una declinazione del principio del risultato in quanto volta ad ammettere sempre quelle varianti adeguatamente motivate che comportano miglioramenti in termini di qualità/riduzione dei tempi dell'opera.

¹⁷⁸ La pubblicazione nella GUCE segue le regole indicate nell'Allegato II.16 mentre per l'adempimento degli oneri di comunicazione e trasmissione all'ANAC si applicano le previsioni di cui all'Allegato II.14, la cui violazione è punita con una sanzione amministrativa pecuniaria compresa tra 500 e 5.000 euro.

Clausole di revisione prezzi

Una particolare ipotesi di modifica del contratto in corso di esecuzione che non dà luogo a nuova gara è la revisione dei prezzi alla quale il Codice dedica una disciplina autonoma (articolo 60)¹⁷⁹.

La scelta di disciplinare l'istituto in una specifica disposizione nasce dalla rilevanza che il fenomeno della variazione dei prezzi e dei conseguenti effetti sui contratti pubblici ha assunto nel corso dell'emergenza pandemica e della successiva crisi economica e energetica derivante dal conflitto russo-ucraino. Tali eventi hanno dato luogo a interventi legislativi emergenziali, al fine di evitare che l'esecuzione del contratto gravasse in modo eccessivo e ingiustificato sull'aggiudicatario o desse luogo a numerose risoluzioni per onerosità sopravvenuta¹⁸⁰, che avrebbero potuto compromettere l'attuazione degli impegni assunti con il PNRR.

Seguendo l'impostazione adottata nella normativa emergenziale, l'articolo 60 sostituisce il regime facoltativo, che lasciava alla stazione appaltante la facoltà di ricorrere a clausole di revisione dei prezzi, con un regime obbligatorio. Pertanto, già nei documenti di gara, la stazione appaltante ha l'obbligo di inserire, entro certi limiti e condizioni, le clausole di revisione dei prezzi. In particolare, esse:

- non devono apportare modifiche che alterino la natura generale del contratto;
- si attivano automaticamente al verificarsi di circostanze di natura oggettiva che determinano una variazione del costo dell'opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al 5% dell'importo complessivo del contratto, a prescindere dal fatto che derivi da circostanze non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta;
- operano nella misura dell'80% della variazione stessa, in relazione alle prestazioni da eseguire.

¹⁷⁹ Il decreto legislativo n. 50/2016 disciplinava la revisione dei prezzi nell'ambito delle modifiche contrattuali (articolo 106, comma 1).

¹⁸⁰ E' da rilevare, peraltro, come anche la giurisprudenza nel corso dell'emergenza sanitaria avesse ricercato soluzioni volte ad evitare la caducazione dei contratti, individuando nei principi di correttezza e buona fede – elevati oggi a rango di principi generali anche nell'esecuzione dei contratti pubblici dall'articolo 5 del Codice – una base legale per fondare un obbligo di rinegoziazione di rapporti negoziali sperequati per il verificarsi di circostanze imprevedibili, specie nell'ipotesi di omessa definizione pattizia delle modalità di gestione delle sopravvenienze. In tal senso v. Relazione tematica n. 56 dell'8 luglio 2020 della Corte di Cassazione, p. 21 e ss.

La determinazione della variazione dei costi e dei prezzi è effettuata su un'indicizzazione automatica, ancorata agli indici elaborati dall'ISTAT¹⁸¹. In particolare, si utilizzano gli indici sintetici di costruzione, per i contratti di lavori, e gli indici dei prezzi al consumo, dei prezzi alla produzione dell'industria e dei servizi nonché gli indici delle retribuzioni contrattuali orarie, per i contratti di servizi e forniture.

Le risorse economiche per far fronte ai maggiori oneri derivanti dalla revisione dei prezzi sono reperite: i) dalle risorse accantonate per imprevisti nel quadro economico di ogni intervento, nei limiti del 50% del loro ammontare; ii) dalle somme derivanti da ribassi d'asta; iii) dalle somme disponibili relative ad altri interventi ultimati di competenza della stazione appaltante.

La rinegoziazione del contratto

Dal principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (articolo 9) deriva altresì il principio di rinegoziazione del contratto.

Al ricorrere di circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio economico del contratto, la parte svantaggiata ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali¹⁸².

**Rinegozia-
zione
secondo
buona fede**

La rinegoziazione non deve alterare la sostanza economica, quindi essa è limitata al ripristino dell'originario equilibrio del contratto come risultante dal bando e dal provvedimento di aggiudicazione.

Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono l'inserimento di clausole di rinegoziazione del contratto, dandone pubblicità nei documenti di gara, specie quando il contratto risulta particolarmente esposto al rischio di interferenze sopravvenute in ragione della sua durata, del contesto economico di riferimento o per altre circostanze.

¹⁸¹ Si segnala che ad oggi gli indici di riferimento sono pochi. La norma stessa prevede che con provvedimento del Ministero dell'infrastrutture e dei trasporti siano individuate ulteriori categorie e settori merceologici.

¹⁸² Resta immutata la regola c.d. del quinto d'obbligo in base alla quale se in fase di esecuzione del contratto, è necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino al quinto dell'importo del contratto, la stazione appaltante può imporre all'appaltatore l'esecuzione alle condizioni originariamente previste e l'appaltatore non può far ricorso alla risoluzione del contratto.

Nel caso in cui non siano previste clausole di rinegoziazione direttamente nel contratto, la richiesta di rinegoziazione deve essere presentata al RUP senza ritardo. Essa non comporta di per sé la sospensione dell'esecuzione del contratto. Il RUP provvede a formulare la proposta di un nuovo accordo entro un termine non superiore a tre mesi. Nel caso in cui non si pervenga a un nuovo accordo entro un termine ragionevole, la parte svantaggiata potrà agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario, ferma restando la responsabilità per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione.

Nodi da sciogliere

Se da un lato la codificazione del principio di rinegoziazione del contratto ha risolto i dubbi derivanti dalla necessità di continuare a soddisfare l'interesse pubblico anche in caso di eventi imprevisti e imprevedibili che alterano gli equilibri contrattuali originari, dall'altro lato alcuni aspetti procedurali lasciano ancora incertezze applicative.

Il riferimento alla locuzione "senza ritardo" per la richiesta di rinegoziazione da parte dell'appaltatore lascia imprecisati margini di flessibilità al RUP in ordine all'accettazione o meno dell'istanza. L'esito della decisione è reso ancor più vago dal fatto che la norma non precisa gli elementi che l'appaltatore deve presentare a sostegno della propria richiesta così come non sono indicati i criteri alla base della valutazione del RUP.

La proroga del contratto

Il contratto d'appalto in particolari circostanze può essere oggetto di proroga. L'articolo 120 prevede due situazioni distinte: l'opzione di proroga (comma 10) e la proroga tecnica (comma 11). In entrambi i casi si tratta di istituti volti ad assicurare nei rapporti in corso di esecuzione il passaggio da un vincolo contrattuale ad un altro, senza soluzione di continuità, al fine di tutelare l'interesse pubblico sotteso all'esecuzione del contratto.

In particolare, con l'opzione di proroga è possibile modificare la durata originaria del contratto per il tempo strettamente necessario all'individuazione di un nuovo contraente. Essa deve essere prevista nel bando di gara e nei documenti iniziali e obbliga il contraente originario a continuare ad eseguire le prestazioni contrattuali ai prezzi, patti e condizioni stabiliti nel contratto oppure, sempre se previsto nei documenti di gara, alle condizioni di mercato ove più favorevoli alla stazione appaltante.

**L'opzione di
proroga**

La proroga tecnica opera, invece, in casi eccezionali, in cui circostanze oggettive e insuperabili determinano ritardi nella conclusione della procedura di affidamento. In tali casi il contraente uscente sarà tenuto alla prosecuzione del contratto qualora l'interruzione delle prestazioni possa determinare situazioni di pericolo per persone, animali, o cose, oppure per l'igiene pubblica, o ancora, quando l'interruzione determinerebbe un grave danno per l'interesse pubblico che la prestazione è destinata a soddisfare. Anche in tal caso il contraente prorogato dovrà continuare ad eseguire la prestazione ai prezzi, ai patti e alle condizioni originariamente previsti nel contratto. Trattandosi di ipotesi eccezionali, diversamente che nell'opzione di proroga, non sarà possibile per la stazione appaltante richiedere l'esecuzione alle condizioni di mercato più favorevoli.

**La proroga
tecnica**

6.10 La sospensione dell'esecuzione e la proroga dei termini

Nel corso dell'esecuzione del contratto di lavori possono verificarsi eventi che legittimano la sospensione o la proroga dei termini contrattuali (articolo 121)¹⁸³. La sospensione può essere disposta in tre particolari ipotesi:

- quando ricorrono circostanze speciali, non prevedibili al momento della stipulazione del contratto, tali da impedire, in via temporanea, che i lavori procedano a regola d'arte. In tal caso il direttore dei lavori deve compilare il c.d. verbale di sospensione¹⁸⁴ e inoltrarlo, entro 5 giorni, al RUP;
- qualora ricorrano ragioni di necessità o di pubblico interesse. In tal caso la sospensione è disposta direttamente dal RUP;
- quando per cause imprevedibili o di forza maggiore insorgono circostanze che impediscono parzialmente il regolare svolgimento dei lavori. In questi casi l'appaltatore può proseguire con la realizzazione delle parti di lavoro eseguibili, dandone indicazione in un apposito verbale.

**I casi di
sospensione**

Per i contratti di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea, il RUP può disporre la sospensione solo dopo aver acquisito il parere del collegio consultivo tecnico, se costituito. Il parere del collegio consultivo tecnico è obbligatorio anche nei casi in cui

¹⁸³ La disciplina riprende senza modifiche di particolare rilievo la precedente normativa contenuta nel decreto legislativo n. 50/2016. Essa si applica sia ai contratti di lavoro sia, in quanto compatibili, a quelli relativi a servizi e forniture.

¹⁸⁴ Il verbale di sospensione deve essere redatto secondo le modalità indicate nell'allegato II.14. In particolare, devono essere indicate: a) le ragioni che hanno determinato l'interruzione dei lavori; b) lo stato di avanzamento dei lavori e delle opere la cui esecuzione è rimasta interrotta, indicando le cautele adottate al fine della ripresa dell'intervento o della sua ultimazione senza eccessivi oneri; c) la consistenza del personale impiegato e dei mezzi d'opera esistenti in cantiere al momento della sospensione.

la sospensione è imposta da gravi ragioni di ordine tecnico, idonee a incidere sulla realizzazione a regola d'arte dell'opera, in relazione al superamento delle quali non vi è accordo tra le parti.

La sospensione dell'esecuzione deve durare il tempo strettamente necessario; cessate le cause che l'hanno imposta, il RUP dispone la ripresa dell'esecuzione e indica il nuovo termine di conclusione del contratto.

Se il periodo di sospensione è maggiore di 6 mesi o è superiore a un quarto della durata totale prevista dal contratto, l'appaltatore può chiedere la risoluzione senza indennità; se la stazione appaltante si oppone, ha diritto alla riduzione dei maggiori oneri derivanti dal prolungamento della sospensione oltre i termini indicati. Se l'appaltatore non chiede la risoluzione del contratto o, pur chiedendola, la stazione appaltante non vi si oppone, non gli è dovuto alcun indennizzo.

In caso di sospensione totale o parziale dei lavori disposta per motivi diversi da quelli espressamente previste dall'articolo 121, l'appaltatore può chiedere, previa iscrizione di specifica riserva, il risarcimento dei danni subiti¹⁸⁵.

Quando l'appaltatore, per cause a lui non imputabili, non è in grado di ultimare i lavori nel termine fissato nel contratto può chiedere la proroga del termine (articolo 121, comma 8). La richiesta deve essere presentata con congruo anticipo rispetto alla scadenza del termine contrattuale.

Se, invece, la maggior durata dei lavori dipende dalla stazione appaltante, l'appaltatore continua a godere dei diritti a lui spettanti¹⁸⁶. Sull'istanza di proroga decide il RUP, entro 30 giorni dalla richiesta; per i lavori di importo pari o superiore alle soglie europee è richiesto il parere del collegio consultivo tecnico. Anche in tal caso è il RUP che, entro 30 giorni dal suo ricevimento, deve decidere sull'istanza di proroga, sentito il direttore dei lavori.

¹⁸⁵ Il *quantum* del risarcimento è indicato sulla base di quanto previsto dall'art. 1382 c.c. e secondo i criteri individuati nell'allegato II.4

¹⁸⁶ Si tratta ad esempio del diritto alla risoluzione del contratto o al risarcimento dei danni derivanti dal prolungamento del contratto,

6.11 Lo scioglimento del contratto

Gli articoli 122 e 123 del Codice disciplinano le ipotesi di scioglimento anticipato del contratto pubblico regolando, senza novità di particolare rilievo, la risoluzione e il recesso da parte della stazione appaltante, nonché le relative conseguenze.

La risoluzione del contratto

Per quanto riguarda la risoluzione, l'articolo 122 distingue tra risoluzione facoltativa e risoluzione obbligatoria.

La stazione appaltante può, senza limiti di tempo, decidere di risolvere il contratto:

- in caso di modifiche sostanziali che richiedono una nuova gara; o di modifiche per necessità sopravvenuta di nuovi lavori, servizi e forniture e per varianti in corso d'opera che determinino un aumento del prezzo superiore al 50% del valore del contratto iniziale, o ancora di altre modifiche che superano le soglie entro le quali sono ammesse le modifiche contrattuali;
- al verificarsi di una causa di esclusione automatica del contratto in capo all'aggiudicatario al momento dell'aggiudicazione dell'appalto;
- nell'ipotesi in cui il contratto di appalto non doveva essere aggiudicato per una grave violazione degli obblighi derivanti dai Trattati europei;
- in caso di grave inadempimento contrattuale e di grave ritardo nell'esecuzione imputabile all'esecutore, salva l'assegnazione di un termine, rispettivamente, per presentare le proprie controdeduzioni o per eseguire le prestazioni arretrate;
- quando il grave inadempimento delle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore può compromettere la buona riuscita delle prestazioni.

**La
risoluzione
facoltativa**

Sussiste invece un vero e proprio obbligo di risoluzione quando nei confronti dell'appaltatore è intervenuta:

- la decadenza dall'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci;
- una sentenza passata in giudicato per i reati che determinano causa di esclusione automatica dalle procedure di gara o un provvedimento definitivo di applicazione di una o più misure di prevenzione antimafia.

**La
risoluzione
obbligatoria**

In tutti i casi di risoluzione del contratto l'appaltatore ha diritto soltanto al pagamento delle prestazioni regolarmente eseguite, decurtate degli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del contratto¹⁸⁷.

// recesso

A differenza di quanto previsto per la risoluzione, che opera in via facoltativa o obbligatoria al ricorrere di specifiche e tassative circostanze, il recesso può essere disposto unilateralmente dalla stazione appaltante in qualunque momento e senza una specifica causa¹⁸⁸, a condizione che l'esecutore del contratto sia tenuto indenne dalle conseguenze derivanti dalla scelta dell'amministrazione¹⁸⁹.

Pertanto, in caso di recesso da parte della stazione appaltante, l'appaltatore, ha diritto di ottenere:

Gli effetti del recesso

- il pagamento dei lavori o dei servizi e forniture eseguiti;
- il pagamento del valore dei materiali utili esistenti in cantiere (per i lavori) o in magazzino (per servizi e forniture). Per materiali utili si intendono soltanto quelli già accettati dal direttore dei lavori o dal RUP prima della comunicazione del recesso. I materiali non accettati devono essere rimossi dall'appaltatore;
- il pagamento di una somma pari al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguiti, calcolato sulla differenza tra l'importo di quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato dal ribasso d'asta e l'ammontare netto dei lavori eseguiti.

Il diritto di recesso deve essere esercitato mediante comunicazione scritta all'appaltatore, da darsi con un preavviso non inferiore a 20 giorni. A riguardo va sottolineato che trattandosi di un atto di diritto privato che si colloca nell'ambito di un rapporto negoziale, il recesso della stazione appaltante non segue i principi generali del procedimento amministrativo che richiedono tra l'altro la previa comunicazione dell'avvio del procedimento e il successivo esercizio del diritto al contraddittorio¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Tale decurtazione non è prevista per le ipotesi di risoluzione riconducibili alle modifiche contrattuali.

¹⁸⁸ Sebbene secondo la giurisprudenza l'esercizio di tale diritto debba comunque sottendere motivi di interesse pubblico attinenti alle ragioni che hanno indotto al contratto. In tal senso, tra gli altri, v. Cons. Stato n. 7301/03.

¹⁸⁹ V. articolo 123 del Codice. Tale disposizione ricalca con poche novità di rilievo l'articolo 109 del decreto legislativo n. 50/2016.

¹⁹⁰ In tal senso v. Relazione illustrativa.

7. I settori speciali

La disciplina degli appalti pubblici nei settori speciali è stata innovata, sia a livello sistematico sia a livello sostanziale.

Innanzitutto, a tale materia è dedicato l'intero Libro III che elenca le disposizioni dei settori ordinari applicabili anche agli appalti dei settori speciali, abbandonando la tecnica del mero rinvio, ma descrivendo puntualmente il loro contenuto, tenendo conto della relativa compatibilità applicativa.

Inoltre, dal punto di vista del contenuto delle previsioni, gli articoli da 141 a 173 definiscono puntualmente l'ambito soggettivo di applicazione ed esplicitano le differenze, in tema di modalità di gestione delle procedure nonché di selezione dei partecipanti e delle offerte, rispetto alle procedure ordinarie.

7.1 Ambito di applicazione

L'ambito di applicazione della disciplina dei settori speciali è individuato dall'articolo 141. Dal punto di vista soggettivo essa si applica alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti che svolgono una delle attività relative alla produzione di gas e energia, all'erogazione dell'acqua, alla fornitura dei servizi di trasporto e dei servizi postali, nonché alla gestione dei porti e degli aeroporti¹⁹¹. Anche le imprese pubbliche e i soggetti privati titolari di diritti speciali o esclusivi sono tenuti ad applicare la disciplina *ad hoc* contenuta nel Libro III, limitatamente però ai contratti strumentali all'esercizio delle attività relative ai settori speciali. Inoltre, le imprese pubbliche e i soggetti privati titolari di diritti speciali e esclusivi possono istituire autonomi sistemi di qualificazione degli operatori economici nonché adottare una disciplina specifica sulle funzioni del RUP e una definizione *ad hoc* di variante in corso d'opera.

**L'ambito
soggettivo**

L'assoggettabilità di un contratto alla disciplina dettata per i settori speciali va desunta da un criterio di tipo soggettivo, relativo cioè al fatto che ad affidare il contratto sia un ente operante nei settori speciali, e da un criterio oggettivo relativo alla riferibilità del contratto all'attività speciale¹⁹².

¹⁹¹ La ragione per la quale in questi settori è prevista una normativa speciale, rispetto agli appalti nei settori ordinari, è costituita principalmente dal fatto che si tratta di mercati chiusi, dove i soggetti operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi dagli Stati membri e aventi l'effetto di escludere altri operatori dall'esercizio di tali attività. Gli articoli da 146 a 152 indicano, settore per settore, le attività che rientrano nell'ambito di applicazione del Libro III del Codice.

¹⁹² Consiglio di Stato 5 dicembre 2022, n. 10634; Consiglio di Stato 29 gennaio 2018, n. 590.

**L'ambito
oggettivo**

Dal punto di vista oggettivo le disposizioni che regolano i contratti nei settori speciali sono elencate nel comma 3 dell'articolo 141 che riprende quelle applicabili ai settori ordinari¹⁹³. In linea con quanto previsto dalla direttiva 2014/25/UE, l'articolo 141 precisa che per i settori speciali, diversamente da quanto disposto per i settori ordinari, non è richiesta un'adeguata motivazione in caso di mancata suddivisione in lotti. Pertanto, le stazioni appaltanti o gli enti concedenti possono decidere di aggiudicare un appalto sotto forma di lotti separati e possono determinare le dimensioni e l'oggetto di tali lotti, senza obbligo di motivazione.

Sono esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina dei settori speciali i contratti aggiudicati da e a joint ventures e da imprese collegate. La disciplina non si applica altresì agli appalti aggiudicati a scopo di rivendita o di locazione a terzi, quando l'ente aggiudicatore non gode di alcun diritto speciale o esclusivo per la vendita o la locazione dell'oggetto di tali appalti e quando altri enti possono liberamente venderlo o darlo in locazione alle stesse condizioni dell'ente aggiudicatore.

Esclusioni

Sono inoltre esclusi gli appalti destinati alla stipulazione di contratti per svolgere un'attività rientrante negli ambiti dei settori esclusi, se questa è stata considerata direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili¹⁹⁴.

Infine, le disposizioni del Codice non si applicano ai contratti aggiudicati dalle stazioni appaltanti o dagli enti concedenti per l'esercizio di attività proprie dei settori speciali svolte in un Paese extra UE, in circostanze che non comportano lo sfruttamento materiale di una rete o un'area geografica all'interno dell'UE.

¹⁹³ Ai contratti relativi ai settori speciali si applicano: i) le disposizioni del Libro I, Parte I, Titolo I, eccetto l'articolo 6; ii) gli articoli 13, 14, 16, 17 e 18. L'articolo 15 si applica solo alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti che sono amministrazioni aggiudicatrici; iii) le disposizioni del Libro I, Parte II; iv) gli articoli 41, 42, 43, 44, 45 e 46; v) gli articoli 57, 60 e 61; vi) l'articolo 64; vii) le disposizioni del Libro II, Parte III, Titolo II; ix) le disposizioni del Libro II, Parte V, titolo IV (il Capo II si applica nei limiti indicati dagli articoli 167, 168 e 169); x) gli articoli 113, 119, 120 e 122.

¹⁹⁴ La valutazione dell'esposizione alla concorrenza è effettuata dalla Commissione europea, anche su richiesta delle stazioni appaltanti o enti concedenti. A tal fine sono considerati diversi fattori, quali ad esempio l'esistenza di prodotti o servizi alternativi considerati sostituibili sul piano della domanda e dell'offerta o la presenza, effettiva o potenziale, di più fornitori.

Le procedure di scelta del contraente

In linea generale agli appalti nei settori speciali si applicano le disposizioni previste per i settori ordinari nella misura in cui queste sono richiamate dall'articolo 153¹⁹⁵.

Per quanto riguarda la scelta del tipo di procedura (aperta, ristretta, negoziata – con o senza bando - dialogo competitivo, partenariato per l'innovazione) non è previsto un obbligo di motivazione della decisione, purché siano rispettati i presupposti richiesti dalla procedura prescelta. È prevista un'eccezione per la procedura senza pubblicazione del bando che, essendo derogatoria dei principi di pubblicità, è ammessa soltanto nei casi tassativamente indicati dall'articolo 158. In questi casi, la scelta di procedere con negoziazione senza bando deve essere motivata nel primo atto della procedura in relazione alla specifica situazione di fatto e alle caratteristiche proprie dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano. A tal fine si deve dare conto degli esiti di eventuali consultazioni preliminari del mercato, eseguite a livello europeo e, se del caso, extra europeo.

**La scelta
della
procedura**

Sia per la procedura ristretta sia per la procedura negoziata con pubblicazione del bando vengono riproposte le norme della direttiva 2014/25/UE che, così come per i settori ordinari, consentono a qualsiasi operatore di presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara, ma limitano la possibilità di presentare l'offerta o partecipare alle negoziazioni soltanto agli operatori economici invitati dalla stazione appaltante o ente concedente. Il termine per la presentazione dell'offerta può essere fissato di concerto tra la stazione appaltante o ente concedente e tutti i candidati selezionati.

Anche per quanto riguarda la pubblicazione dei bandi e avvisi di gara vi è una fedele trasposizione delle relative disposizioni della direttiva 2014/25/UE. Il Codice definisce in maniera puntuale sia il contenuto sia le modalità di comunicazione di tali documenti, con particolare riferimento ad assicurare la disponibilità digitale dei documenti di gara.

**I documenti
di gara**

¹⁹⁵ Con riferimento alle procedure di scelta del contraente trovano applicazione: i) l'articolo 71, con l'avvertenza che l'espressione avviso di pre-informazione si intende riferita all'avviso periodico indicativo; ii) l'articolo 74 con la differenza che nel caso di dialogo competitivo nei settori speciali può essere utilizzato un sistema di qualificazione degli operatori economici e che la richiesta di partecipazione può essere presentata entro un termine inferiore a 30 giorni; iii) l'articolo 70, comma 6 e l'articolo 75 con la particolarità che nei partenariati per l'innovazione indetti nei settori speciali può essere utilizzato un sistema di qualificazione degli operatori economici e l'operatore economico può presentare domanda di partecipazione in un termine inferiore a 30 giorni; iv) gli articoli 77, 78, 79 e 80; v) l'articolo 85, con l'avvertenza che l'espressione avviso di pre-informazione si intende riferita all'avviso periodico indicativo.

Vengono altresì previste specifiche disposizioni che tengono conto delle peculiarità della disciplina dei settori speciali.

Avviso periodico indicativo e avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione

Nei settori speciali la gara può essere indetta anche tramite l'avviso periodico indicativo (articolo 161) o l'avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione (articolo 162).

L'avviso periodico indicativo è un atto con cui la stazione appaltante o ente concedente, possibilmente entro il 31 dicembre di ogni anno, rende nota l'intenzione di programmare appalti.

Tali avvisi contengono le informazioni indicate nell'allegato II.6 e sono pubblicati sul sito istituzionale della stazione appaltante o ente concedente. Per gli appalti sopra la soglia comunitaria è prevista anche la pubblicazione a livello europeo, ai sensi dell'articolo 84. Quando l'avviso periodico indicativo è utilizzato per l'indizione di procedure ristrette o negoziate è prevista la pubblicazione a livello nazionale (mentre la pubblicazione sul sito istituzionale diventa meramente supplementare) e il periodo coperto può durare al massimo dodici mesi (ad eccezione degli avvisi riferiti agli appalti pubblici per i servizi sociali e altri servizi specifici che possono coprire un periodo di due anni).

L'avviso di esistenza di un sistema di qualificazione, che la stazione appaltante o ente concedente ha istituito, deve essere pubblicato sul proprio sito istituzionale, con l'indicazione delle finalità e delle modalità di funzionamento. Quando l'avviso viene utilizzato per l'indizione di procedure ristrette o negoziate, i soggetti invitati a presentare l'offerta sono selezionati tra i candidati qualificati secondo tale sistema. Per gli appalti sopra la soglia europea, tali avvisi, se utilizzati come mezzo di indizione della gara, devono essere pubblicati anche a livello europeo secondo le modalità di cui all'articolo 84.

I candidati e gli offerenti che hanno chiesto la qualificazione devono essere informati della decisione assunta entro sei mesi dalla presentazione della domanda, salvo possibilità di proroga. I richiedenti la cui qualificazione è stata respinta sono informati della decisione entro quindici giorni dall'assunzione. La qualificazione può essere revocata, informando per iscritto l'operatore economico interessato delle ragioni a

fondamento della stessa, almeno quindi giorni prima della data fissata per la decisione (articolo 166).

Il bando di gara resta il mezzo generale di indizione di gara in quanto può essere utilizzato per ogni tipo di procedura. L'allegato II.6 indica le informazioni che devono essere inserite nel bando e che devono essere utilizzati per la redazione del bando.

**Il bando di
gara**

I bandi e gli avvisi di gara devono essere pubblicati sia a livello nazionale, secondo le regole di cui all'articolo 85, sia a livello europeo, mediante trasmissione all'ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea ai sensi dell'articolo 84. I bandi e gli avvisi di gara sono pubblicati per esteso in lingua italiana e una sintesi degli elementi importanti è pubblicata nelle altre lingue ufficiali dell'Unione europea.

Nelle procedure ristrette, nei dialoghi competitivi, nei partenariati per l'innovazione e nelle procedure negoziate, negli inviti ai candidati a presentare le offerte deve essere indicato l'indirizzo digitale al quale sono disponibili direttamente e in modo gratuito i documenti di gara o, in caso di impossibilità, gli inviti devono essere corredati dal collegamento ipertestuale ai documenti di gara.

7.2 La selezione dei partecipanti e delle offerte

La IV parte del Libro III è dedicata alle disposizioni relative alle modalità di scelta del contraente. Essa in parte riprende quanto già previsto per i settori ordinari e in parte introduce disposizioni specifiche nel caso di procedure di gara con sistemi di qualificazione istituiti e gestiti dalle stazioni appaltanti o enti concedenti ovvero quando si utilizzano le innovative procedure di gara regolamentate.

Per la selezione dei partecipanti e delle offerte nella procedura di scelta del contraente nei settori speciali, si applicano le disposizioni dell'articolo 167 che richiamano quelle previste per i settori ordinari.

**Le
disposizioni
per la scelta
del
contraente**

Si tratta delle previsioni relative:

- alla nomina della commissione aggiudicatrice da parte della stazione appaltante o ente concedente;
- ai termini di presentazione delle domande di partecipazione (art. 92);
- alla verifica dell'assenza di cause di esclusione (artt. 94 -99);
- al possesso dei requisiti di partecipazione (artt. 100 e 103);

-
- alla possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio (art. 101);
 - alla presentazione della documentazione da parte degli operatori economici che intendono partecipare alla procedura (artt. 91 e 105);
 - alla possibilità di ricorrere all'avvalimento (art. 104);
 - alla verifica delle offerte e all'aggiudicazione dell'appalto (artt. 107, 108 e 110).

**I sistemi di
qualificazio-
ne istituiti
dalla SA**

Gli articoli 168 e 169 delineano invece regole particolari, alternative a quelle previste dall'articolo 167, applicabili in caso di utilizzo di sistemi di qualificazione o procedure di gara regolamentate. In particolare, quando le stazioni appaltanti o enti concedenti fanno ricorso a propri sistemi di qualificazione, con atti pubblicati sui propri siti istituzionali, devono rendere note le norme e i criteri oggettivi per il funzionamento del sistema nonché la sua durata. I criteri per l'iscrizione devono tra l'altro fissare i requisiti relativi alle capacità economiche e finanziarie e alle capacità tecniche professionali necessari per l'iscrizione (se sono quelli di cui all'art. 100 e 103, si applicano gli articoli 91 e 105; se è richiesto il possesso di specifiche tecniche si applicano gli articoli 79, 80 e 105). Si applicano inoltre le previsioni relative alle cause di esclusione ex artt. 94 - 98 nonché la possibilità di ricorrere all'avvalimento in caso di mancanza dei requisiti di capacità richiesti.

I contratti specifici per i lavori, le forniture e i servizi contemplati dal sistema di qualificazione sono aggiudicati con procedure ristrette o procedure negoziate a cui possono partecipare o presentare offerta soltanto gli operatori iscritti al sistema stesso.

Un altro metodo di selezione del contraente utilizzabile nei settori speciali è la procedura regolamentata. In questi casi la definizione delle cause di esclusione e dei criteri di selezione è rimessa alla stazione appaltante o ente concedente attraverso l'adozione di propri atti.

A tal fine, l'articolo 169 dà ampia discrezionalità alle imprese pubbliche e ai soggetti titolari di diritti esclusivi nello stabilire preventivamente quali condotte costituiscono gravi illeciti professionali, fermo restando l'applicazione delle cause di esclusione automatica di cui all'articolo 94.

Pertanto, potrebbero essere rilevanti e potenzialmente escludenti, comportamenti ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati nell'articolo 98 e applicabili ai settori ordinari.

**La procedura
regolamenta-
ta**

Nodi da sciogliere

Si tratta di un aspetto che andrebbe al più presto chiarito, al fine di evitare che le condotte rilevanti come illecito professionali siano diverse per gli appalti aggiudicati nei settori speciali rispetto a quelli dei settori ordinari. Sul punto la legge delega, laddove disponeva una riformulazione delle fattispecie di grave illecito professionale in termini di elencazione tassativa, non distingue tra settori ordinari e speciali. Sarebbe quindi auspicabile chiarire che la facoltà delle stazioni appaltanti o enti aggiudicatori di individuare, nell'ambito delle procedure regolamentate, le ipotesi di grave illecito professionale debba essere esercitata nei limiti delle previsioni applicabili ai settori ordinari.

Inoltre, nel caso occorra garantire un equilibrio adeguato tra le caratteristiche specifiche della procedura di appalto e i mezzi necessari alla sua realizzazione, le stazioni appaltanti o enti concedenti possono decidere di ridurre il numero dei candidati che saranno invitati a presentare un'offerta nelle procedure ristrette o negoziate, nei dialoghi competitivi e nei partenariati per l'innovazione.

Infine, per i settori speciali esiste un generale obbligo in capo alle stazioni appaltanti o enti concedenti di conservare della documentazione relativa ai processi decisionali assunti in relazione agli appalti, accordi quadro e sistemi dinamici di acquisizione indetti (art. 172). Tali informazioni devono essere utili a giustificare, in una fase successiva, le decisioni assunte relative all'utilizzo di procedure negoziate non precedute da una gara, alla qualificazione e selezione degli operatori economici, al mancato utilizzo degli strumenti elettronici. La documentazione deve essere comunicata alla Cabina di regia presso la presidenza del Consiglio dei Ministri nonché conservata per almeno cinque anni a partire dalla data di aggiudicazione del contratto oppure in caso di controversia fino al passaggio in giudicato della relativa sentenza.

**Gli obblighi
di conserva-
zione della
documenta-
zione**

8. Il Partenariato Pubblico Privato

Il Codice ha introdotto alcune novità significative con riguardo alla disciplina del partenariato pubblico privato, operando una profonda revisione sistematica della materia. Il partenariato pubblico privato (PPP) rappresenta una particolare forma di collaborazione tra il pubblico e il privato per la realizzazione e la gestione di infrastrutture o servizi.

Sulla base della distinzione, operata dal Libro verde della Commissione europea del 2004, tra PPP istituzionale¹⁹⁶ e PPP contrattuale¹⁹⁷, il Codice precisa la normativa applicabile ai due diversi tipi di partenariato. Il PPP istituzionale è disciplinato dal decreto legislativo n. 175/2016 (cd. TUSP) e dalle altre norme di settore; mentre il Libro IV del Codice definisce e disciplina il PPP di tipo contrattuale.

Un ulteriore tipo di partenariato è costituito dal partenariato sociale¹⁹⁸ che, in attuazione del principio costituzionale della sussidiarietà orizzontale, promuove la collaborazione tra pubblico e privato per il perseguimento di finalità sociali (articolo 201).

Il partenariato sociale

Il partenariato sociale si caratterizza per lo scambio sinallagmatico tra il pagamento degli oneri tributari e le prestazioni lavorative da parte non solo del cittadino (*uti singuli* o associato), ma anche delle piccole e medie imprese o delle microimprese. Pertanto, il contribuente anziché pagare un debito tributario in denaro, assolve alla propria obbligazione tramite la prestazione di un'opera o di un servizio; analogamente l'ente territoriale, anziché pagare un'opera o un servizio porta in compensazione un proprio credito tributario.

Oggetto del partenariato sociale può essere:

- la gestione e manutenzione di aree riservate al verde pubblico e di immobili di origine rurale destinati ad attività sociali e culturali;
- la gestione, manutenzione e valorizzazione di piazze e strade o interventi di decoro urbano e di recupero di aree e beni immobili, per destinarli a fini di interesse generale;
- il compimento di opere di interesse locale, da acquisire al patrimonio indisponibile dell'ente concedente, sulla base di progetti presentati da cittadini e a spese di quest'ultimi per i quali è prevista l'esenzione da oneri fiscali e amministrativi, ad eccezione dell'Iva.

¹⁹⁶ Il PPP istituzionale è una forma di cooperazione tra soggetto pubblico e il soggetto privato che avviene attraverso la costituzione di un soggetto distinto partecipato da entrambe le parti.

¹⁹⁷ Il PPP contrattuale presuppone che la collaborazione tra pubblico e privata avvenga sulla base di un rapporto contrattuale stipulato tra le parti.

¹⁹⁸ Questa tipologia di partenariato comprende le precedenti fattispecie negoziali del baratto amministrativo e degli interventi di sussidiarietà orizzontale.

L'ente concedente, con atto generale, tenendo conto dei bandi tipo e dei contratti tipo predisposti dall'ANAC, indica i criteri e le condizioni per la conclusione del contratto di partenariato sociale. In particolare, nel caso di partenariato per la gestione di area di verde pubblico o di immobile ceduto al Comune devono essere definiti i modi di esercizio del diritto di prelazione da parte dei cittadini, aventi residenza o domicilio nei comprensori ove sussiste l'area o il bene, costituiti in consorzi nonché la natura e la misura degli incentivi fiscali di cui possono beneficiare.

8.1 Gli elementi essenziali e la valutazione preliminare di convenienza del progetto

Una prima novità del Codice è di aver dato una precisa definizione di partenariato pubblico privato chiarendo che non si tratta di un'autonoma forma di contratto, bensì di un'operazione economica che può essere conclusa attraverso varie fattispecie contrattuali.

L'operazione economica deve essere caratterizzata da quattro elementi essenziali:

- il rapporto contrattuale instaurato tra il soggetto pubblico e il soggetto privato deve essere di lungo periodo e finalizzato al soddisfacimento di un interesse pubblico;
- la copertura dei fabbisogni finanziari necessari deve provenire in misura significativa da risorse del soggetto privato anche in ragione del rischio operativo assunto;
- la realizzazione e la gestione del progetto devono essere affidate al soggetto privato, mentre al soggetto pubblico spetta il compito di definire gli obiettivi e verificarne l'attuazione;
- il rischio operativo connesso alla realizzazione e alla gestione del progetto deve ricadere in capo al soggetto privato.

**Gli elementi
essenziali
del PPP**

Le forme contrattuali che possono essere utilizzate nel partenariato pubblico privato sono: la concessione, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità e altre fattispecie contrattuali atipiche a condizione che presentino le quattro componenti essenziali del PPP e siano volte a realizzare interessi meritevoli di tutela.

**Le forme
contrattuali**

In ragione della complessità tecnica richiesta, il contratto di partenariato pubblico privato può essere stipulato soltanto da soggetti qualificati ai sensi dell'articolo 63 del Codice, anche per i contratti di importo inferiore alla soglia europea¹⁹⁹.

Un altro aspetto innovativo della nuova disciplina riguarda la fase preliminare dell'affidamento del contratto di PPP.

La valutazione di convenienza e fattibilità

Il ricorso a forme di partenariato pubblico privato richiede una profonda attività di pianificazione e valutazione degli interventi affinché sia verificata la fattibilità e l'effettiva concretizzazione. A tal fine l'articolo 175 introduce l'obbligo per le amministrazioni pubbliche di adottare il programma triennale delle esigenze pubbliche idonee a essere soddisfatte mediante forme di partenariato. Inoltre, per evitare che si intraprendano progetti non realizzabili o non convenienti per l'amministrazione²⁰⁰, il ricorso al partenariato pubblico privato deve essere preceduto da una valutazione preliminare di convenienza e fattibilità. La valutazione dovrà verificare:

- l'idoneità del progetto ad essere finanziato con risorse private;
- le condizioni necessarie a ottimizzare il rapporto tra costi e benefici;
- l'efficiente allocazione del rischio operativo;
- la capacità di generare soluzioni innovative;
- la capacità di indebitamento dell'ente e di disponibilità di risorse sul bilancio pluriennale, confrontando la stima dei costi e dei benefici del ricorso al partenariato (nell'arco dell'intera durata del rapporto) con quella del ricorso al contratto di appalto (per un arco temporale equivalente).

I pareri necessari

Per la valutazione preliminare, l'ente concedente deve richiedere il parere tecnico di specifici soggetti. Per le operazioni di maggiore impatto economico (progetti di interesse statale, o finanziati con contributo a carico dello Stato, di importo superiore a 250 milioni di euro), il parere deve essere richiesto al CIPESS, il quale lo rilascia entro 45 giorni dalla richiesta, sentito il nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Per le operazioni di minore impatto economico (progetti di interesse statale o finanziati con il contributo a carico dello Stato il cui importo è compreso tra 250 milioni e 50 milioni di euro), il parere preventivo e non vincolante è invece richiesto al DIPE, il quale lo rilascia, di concerto con la Ragioneria

¹⁹⁹ Dal 2024 la soglia è stata aumentata a 5.538.000 euro.

²⁰⁰ Una non approfondita valutazione di convenienza e fattibilità del progetto può comportare una riclassificazione EUROSTAT ex post a debito pubblico della struttura finanziaria sottostante.

dello Stato, entro 45 giorni dalla richiesta. Decorso tale termine, l'ente concedente può procedere indipendentemente dal parere²⁰¹.

Come ulteriore strumento di garanzia di realizzabilità è prevista altresì la possibilità per il Presidente del Consiglio dei Ministri di sottoporre lo schema di contratto al parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici e del Consiglio di Stato, per la valutazione di profili diversi dalla convenienza.

Per quanto riguarda l'affidamento e l'esecuzione dei contratti di partenariato, l'articolo 174 estende a tutti i contratti di partenariato l'applicazione delle disposizioni previste per le concessioni di cui ai titoli II, III e IV della Parte II. Anche le regole di cui al titolo I della Parte II, (relative alle modalità di allocazione del rischio operativo, alla durata del contratto, alla determinazione della soglia e ai metodi di calcolo del valore stimato) dettate per le concessioni, vengono estese a ogni tipo di contratto di partenariato.

**Affidamento
ed
esecuzione
del contratto**

Il controllo sull'esecuzione del contratto di partenariato, sotto il profilo tecnico e contabile, è esercitato dal RUP, nominato dall'ente concedente tra i soggetti dotati di idonee competenze tecniche e sentito l'operatore economico. Il RUP in particolare verifica costantemente il rispetto dei livelli di qualità e quantità delle prestazioni, affinché vengano eliminate prontamente le eventuali inefficienze riscontrate nell'esecuzione del contratto. L'ente concedente è tenuto, inoltre a verificare la permanenza in capo all'operatore economico del rischio operativo trasferito. A tal fine l'operatore economico deve fornire tutte le informazioni necessarie, secondo le modalità previste nel contratto.

Considerato il rilevante impatto economico del PPP e le possibili ricadute sulla finanza pubblica nel caso di una diseconomica allocazione dei rischi, il comma 7 dell'articolo 175 prevede che il DIPE e la Ragioneria generale dello Stato effettuino un controllo costante su tutte le operazioni di partenariato tramite l'accesso al portale sul monitoraggio dei contratti PPP istituito presso la Ragioneria generale dello Stato.

**Il controllo
del DIPE e
della
Ragioneria
dello Stato**

Per assicurare l'attività di controllo di tali organismi, l'articolo 175 pone degli obblighi informativi in capo all'ente concedente. In particolare, questi è tenuto a trasmettere, mediante il portale, le informazioni sui contratti stipulati; inoltre, mediante apposito allegato al bilancio d'esercizio, l'ente concedente deve dare evidenza dell'indicazione del CUP e del CIG, del valore complessivo del contratto di partenariato²⁰², della sua

²⁰¹ La richiesta di parere al DIPE è invece facoltativa per le regioni e gli enti locali, che possono ricorrervi in caso di complessità dell'operazione contrattuale.

²⁰² Le modalità di calcolo per definire il valore stimato dei contratti di partenariato sono identiche a quelle previste dall'articolo 179 per le concessioni.

durata, dell'importo del contributo pubblico e dell'importo dell'investimento a carico del privato.

8.2 La concessione e il rischio operativo

Il contratto di concessione rappresenta la figura principale di partenariato pubblico privato. Ad essa è dedicata la direttiva 2014/23/UE. Le disposizioni europee sono state recepite nella Parte II del Libro IV del Codice; essa delinea una disciplina di carattere generale che si applica anche alle altre forme di partenariato, se non diversamente previsto.

L'ambito di applicazione

L'articolo 176 definisce l'ambito di applicazione, chiarendo che le disposizioni della Parte II del Libro IV, salvo specifiche esclusioni espressamente previste, si applicano alle concessioni di servizi economici di interesse generale²⁰³. In attuazione di quanto previsto della direttiva europea, non rientrano nell'ambito di applicazione della Parte II del Libro IV le concessioni relative al settore delle comunicazioni elettroniche (articolo 11 della direttiva 2014/23/UE), al settore idrico (articolo 12 della direttiva 2014/23/UE), le concessioni aggiudicate a un'impresa collegata o a una joint venture (articolo 13 e 14 direttiva 2014/23/UE), le concessioni relative a attività direttamente esposte alla concorrenza (articolo 16 direttiva 2014/23/UE), le concessioni tra enti nell'ambito pubblico (articolo 17 direttiva 2014/23/UE), nonché le concessioni escluse dall'articolo 10 della direttiva 2014/23/UE²⁰⁴.

²⁰³ Per i profili inerenti alla regolazione economica dei servizi economici di interesse generale (individuazione dei servizi economici di interesse generale, organizzazione, modalità di gestione, disciplina delle reti) trovano applicazione le disposizioni del decreto legislativo n. 201/2022 (cd. TUEL) e le altre norme di settore. Restano esclusi i servizi non economici d'interesse generale, in quanto estranei alla concorrenza e al mercato.

²⁰⁴ Ai contratti di concessione esclusi dall'ambito di applicazione della Parte II si applicano i principi generali dettati dal Titolo I della parte I del Libro I.

Regime applicabile in caso di contratti misti di concessione

L'affidamento di un contratto di concessione può prevedere l'esecuzione di lavori congiuntamente alla gestione di un servizio (cd. contratto misto di concessione). In tali casi, al fine di individuare la disciplina applicabile, occorre valutare il nesso di strumentalità che lega le prestazioni. La concessione è aggiudicata secondo le disposizioni che regolano l'affidamento della prestazione principale del contratto²⁰⁵.

Nel caso in cui l'oggetto della concessione consiste in parte in servizi sociali e in parte nei servizi di cui all'Allegato IV della direttiva 2014/23/UE, l'oggetto principale è determinato in base al valore stimato più elevato fra i servizi dedotti in contratto.

Quando il contratto contiene sia elementi caratterizzanti la concessione sia elementi specifici dell'appalto, esso è aggiudicato secondo le regole previste per i contratti di appalto.

Se le diverse parti oggetto del contratto non sono separabili, si applica la disciplina individuata in base all'oggetto principale del contratto. Per i contratti che contengono sia elementi relativi alla concessione di servizi sia elementi di un contratto di fornitura, l'oggetto principale è determinato in base al valore stimato più elevato.

I contratti invece che contengono elementi delle concessioni di lavori e servizi nonché elementi delle concessioni di immobili (terreni, fabbricati, o altri beni immobili) sono disciplinati dalle disposizioni contenute nella Parte II del Libro IV in materia di concessione.

Per quanto riguarda la disciplina generale della concessione, il Codice si propone di risolvere alcuni aspetti critici della precedente normativa che hanno creato maggiori incertezze interpretative.

²⁰⁵ Ad esempio, quando la gestione del servizio è servente rispetto alla costruzione dell'opera, si configura una concessione di lavori; se invece i lavori rientrano nell'ambito di un più complesso programma volto alla gestione di un servizio, il contratto va qualificato come concessione di servizi, in quanto, in questo caso, i lavori sono accessori e secondari rispetto alla gestione del servizio. Cfr. Consiglio di Stato 19 giugno 2019, n. 4186.

Innanzitutto, l'articolo 177 chiarisce le condizioni che devono ricorrere per l'assunzione del rischio operativo (elemento caratterizzante la concessione) e la sua traslazione in capo al soggetto privato.

Il rischio operativo

Il rischio operativo deve essere legato alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi e derivare da fattori eccezionali non prevedibili e non imputabili alle parti. In particolare, esso non deve essere connesso alla cattiva gestione, a eventuali inadempimenti contrattuali dell'operatore economico o a causa di forza maggiore.

Il concessionario assume il rischio operativo quando, in condizioni normali, non sarebbe garantito il recupero degli investimenti o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione²⁰⁶. Inoltre, l'assunzione del rischio deve comportare un'effettiva esposizione del concessionario alle fluttuazioni del mercato; pertanto, ogni potenziale perdita subita non deve essere puramente nominale o trascurabile.

Inoltre, l'articolo 177 precisa che il rischio operativo può consistere in un rischio dal lato della domanda o dal lato dell'offerta o da entrambi²⁰⁷. Ciò risolve il dubbio circa la possibilità che la concessione possa avere ad oggetto, oltre che le cd. opere calde, anche le cd. opere fredde e opere tiepide²⁰⁸.

Le opere fredde

Nel caso in cui la concessione ha ad oggetto opere fredde, per cui il concessionario trae la propria remunerazione esclusivamente dai pagamenti effettuati dall'ente concedente,

²⁰⁶ Ai fini della valutazione del rischio deve essere preso in considerazione il valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario.

²⁰⁷ Per rischio dal lato della domanda (che caratterizza le cd. opere fredde) si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi oggetto della concessione; per rischio dal lato dell'offerta (che caratterizza le cd. opere calde) si intende il rischio associato all'offerta dei lavori o servizi oggetto della concessione, ad esempio il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda al livello qualitativo o quantitativo indicato nel contratto.

²⁰⁸ Le opere calde sono quelle opere per le quali la remunerazione dell'operatore economico avviene attraverso i cittadini utenti che pagano un prezzo per l'utilizzo del bene stesso (es. autostrade, asili nido, servizi a rete come luce e gas). Le opere fredde sono quelle opere che da sole non possono essere gestite, ovvero le opere che hanno un unico cliente che paga per avere quell'opera e che è l'amministrazione utilizzatrice (es. uffici comunali, scuole, ospedali, istituti penitenziari). Le opere tiepide sono quelle opere che da sole non riescono a coprire gli investimenti e i costi sostenuti e quindi beneficiano di un sostegno da parte del soggetto pubblico.

il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore economico deve dipendere dalla domanda del servizio o del bene oppure dalla loro fornitura²⁰⁹.

Per i contratti caratterizzati da un rischio soltanto sul lato dell'offerta (cd. opere calde), il contratto deve prevedere che il corrispettivo venga erogato solo a fronte della disponibilità dell'opera; inoltre, il contratto deve contenere un sistema di penali in base al quale il corrispettivo dovuto all'operatore viene proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera o della prestazione dei servizi oppure in caso di mancato raggiungimento dei livelli quantitativi e qualitativi indicati nel contratto.

**Le opere
calde**

Nel caso di opere tiepide, per le quali è necessario l'intervento di un sostegno pubblico²¹⁰, affinché possano essere qualificate come concessioni (e non contratti di appalto) occorre verificare attentamente se il rischio operativo è stato integralmente trasferito in capo al concessionario. Sul punto il Codice non pone alcun limite quantitativo al contributo pubblico, superando la previsione, prevista nel decreto legislativo n. 50/2016, secondo la quale il sostegno dell'ente concedente non poteva essere superiore al 49% del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.

**Le opere
tiepide**

Quando tramite clausole contrattuali o altri atti di regolazione settoriale, l'ente concedente solleva l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale, garantendogli un ricavo minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi sostenuti, non trovano più applicazione le regole sulle concessioni, ma quelle sugli appalti. È compatibile con il regime della concessione la previsione di indennizzo in caso di cessazione anticipata del contratto per motivi imputabili all'ente concedente oppure per cause di forza maggiore.

In ogni caso il contratto di concessione deve garantire un assetto degli interessi tale da conservare l'equilibrio economico finanziario ossia la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria. L'equilibrio economico finanziario si ha quando i ricavi attesi coprono sia i costi operativi sia i costi di

**L'equilibrio
economico
finanziario**

²⁰⁹ Tale previsione richiama il considerando 18 della direttiva 2014/23/UE secondo cui "alcuni accordi remunerati esclusivamente dall'ente aggiudicatore dovrebbero configurarsi come concessioni, qualora il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore per eseguire il lavoro o fornire il servizio dipende dall'effettiva domanda del servizio o del bene o dalla loro fornitura".

²¹⁰ Il sostegno può consistere in un contributo finanziario o nella prestazione di garanzie oppure nella cessione in proprietà di beni immobili o di altri diritti. L'eventuale riconoscimento di un contributo pubblico, in misura superiore alla percentuale indicata nelle decisioni Eurostat, non consente la contabilizzazione fuori bilancio.

investimento e sono idonei a rimborsare il capitale di debito e remunerare il capitale di rischio.

La durata della concessione

La durata della concessione

La durata della concessione è fissata dall'ente concedente in relazione ai lavori o ai servizi richiesti. Essa non è prorogabile, salvo nei casi di revisione del contratto e con l'eccezione delle concessioni aggiudicate senza gara (concessioni in house), le quali non sono mai prorogabili. La durata massima della concessione deve essere indicata nei documenti di gara, ad esclusione dei casi in cui essa sia utilizzata come criterio di aggiudicazione del contratto.

Per le concessioni superiori a cinque anni, la durata massima non deve superare il periodo di tempo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario riesca a recuperare gli investimenti effettuati insieme con un ritorno del capitale investito. La valutazione deve tener conto altresì degli investimenti che si rendono necessari al fine di conseguire gli obiettivi indicati nella concessione, relativi ad esempio alla qualità o al prezzo applicabile agli utenti oppure al rispetto di elevanti standard di sostenibilità ambientali.

L'affidamento

Le disposizioni del Codice relative allo svolgimento della procedura di affidamento riprendono la disciplina procedente compiendo un'opera di sistemazione, al fine di rendere più agevole la loro applicazione. Anzitutto viene confermata la necessità di adottare un bando di concessione per dare avvio alla procedura²¹¹.

I contratti di concessione sottosoglia

Per l'affidamento dei contratti di concessione di importo inferiore alla soglia europea, in alternativa alla procedura con gara, può essere utilizzata la procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara, previa consultazione di almeno 10 operatori economici. I soggetti invitati a partecipare devono essere individuati, nel rispetto del criterio di rotazione, mediante indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici (articolo 187, comma 1).

²¹¹ Per i servizi sociali e i servizi specifici elencati nell'allegato IV alla direttiva 2014/23/UE (tra cui servizi sanitari, servizi alberghieri e di ristorazione, servizi legali, servizi di pubblica sicurezza e di soccorso) l'ente concedente può rendere nota l'intenzione di aggiudicare la concessione mediante pubblicazione di un avviso di pre-informazione predisposto secondo le modalità previste nel suddetto allegato.

Il bando deve contenere le informazioni indicate nell'allegato VI.1 nonché ogni altra informazione ritenuta utile dall'ente concedente. Per la stesura del bando possono essere utilizzati i modelli predisposti dall'ANAC. In ogni caso nel bando deve essere precisato che i beni pubblici o a destinazione pubblica, eventualmente assegnati al concessionario per la gestione del servizio, non possono essere utilizzati per attività diverse da quelle oggetto della concessione. Inoltre, il bando può prevedere che per l'esecuzione di una parte dei servizi accessori affidati in concessione, il concessionario si avvalga di operatori economici terzi.

Il bando

I bandi devono essere definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità²¹². A riguardo nel bando può essere previsto che le offerte siano corredate da manifestazioni di interesse da parte del soggetto finanziatore.

I bandi, gli avvisi di pre-informazione e gli avvisi di aggiudicazione relativi alle concessioni di importo superiore alle soglie europee devono essere trasmessi all'ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea secondo le modalità previste dall'articolo 84 del Codice; invece, la pubblicazione a livello nazionale segue le regole previste dall'articolo 85.

Tra i partecipanti ammessi alla gara, il Codice, accanto agli operatori economici in possesso dei requisiti richiesti, consente anche agli investitori istituzionali di partecipare direttamente alla gara (articolo 198, comma 3). Gli investitori che non sono in possesso dei requisiti per l'esecuzione dei lavori o dei servizi sono tenuti ad associarsi o consorzarsi con operatori economici in grado di eseguire il contratto. La norma precisa che gli stessi investitori possono soddisfare la richiesta dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale avvalendosi, anche integralmente, delle capacità di altri soggetti. In alternativa gli investitori possono subappaltare, anche interamente, le prestazioni oggetto del contratto di concessione a imprese in possesso dei requisiti indicati nel bando, a condizione che il nominativo del subappaltatore venga comunicato, con il suo consenso, all'ente concedente, entro la scadenza del termine per la presentazione dell'offerta.

**La
partecipazio-
ne degli
investitori
istituzionali**

Qualora, in risposta alla pubblicazione del bando di concessione, non sia stata presentata alcuna offerta o candidatura oppure l'offerta o la candidatura è stata ritenuta

²¹² Si ricorda che per bancabilità si intende la capacità del progetto di reperire sul mercato finanziario risorse adeguate alla sua realizzazione, la sostenibilità di tali fonti nonché la congrua redditività del capitale investito.

non appropriata²¹³, l'ente concedente non è tenuto a pubblicare un nuovo bando di concessione, purché le condizioni richieste non vengano sostanzialmente modificate; in tal caso va presentata una relazione all'autorità di regolazione del settore.

L'articolo 182, comma 7 precisa che, in assenza di concorrenza, cioè quando i lavori o i servizi possono essere forniti soltanto da un determinato operatore economico, non sussiste l'obbligo di pubblicare il bando di concessione. Tale situazione si verifica ad esempio quando la concessione ha ad oggetto la creazione o l'acquisizione di un'opera d'arte o una rappresentazione artistica unica, oppure esiste un diritto esclusivo o in ragione della tutela di diritti di proprietà intellettuale. In ogni caso l'assenza di concorrenza non deve essere il risultato di una limitazione artificiosa dei parametri per l'aggiudicazione della concessione.

Nel disciplinare il procedimento di aggiudicazione, l'articolo 183 definisce le condizioni e i requisiti minimi richiesti.

Le concessioni sono aggiudicate sulla base dei criteri stabiliti dall'ente concedente, purché siano rispettate tutte e tre le seguenti condizioni:

- l'offerta risponde ai requisiti minimi prescritti dall'ente concedente. Pertanto, l'offerta deve avere le caratteristiche tecniche, fisiche, funzionali e giuridiche richieste nel bando di concessione;
- l'offerente deve possedere le capacità tecniche e professionali nonché la capacità finanziaria ed economica richiesta. Per soddisfare tali condizioni l'offerente può affidarsi alle capacità di altri soggetti, mediante contratto di avvalimento; in tal caso l'offerente deve dimostrare che disporrà delle necessarie risorse per l'intera durata della concessione, per esempio mediante presentazione dell'impegno da parte del soggetto coinvolto. Quando l'avvalimento riguarda la capacità finanziaria, l'ente concedente può richiedere che l'offerente e il soggetto di cui questi intende avvalersi siano responsabili in solido dell'esecuzione del contratto.
- l'offerente non deve rientrare in una delle cause di esclusione dalla procedura indicate dagli articoli 94, 95, 96, 97 e 98 del Codice.

²¹³ Per offerta non appropriata si intende un'offerta che non ha alcuna pertinenza con la concessione, ed è quindi manifestamente inadeguata, salvo modifiche sostanziali, a rispondere all'esigenze e ai requisiti indicati nel bando di concessione.

L'ente concedente può limitare il numero di candidati o offerenti purché ciò avvenga in modo trasparente e sulla base di criteri oggettivi. Il numero di candidati deve essere adeguato in modo da garantire comunque un'effettiva occorrenza. È consentito inoltre che l'ente concedente possa avviare libere negoziazioni con i candidati e gli offerenti secondo le regole del dialogo competitivo ex articolo 74 e purché l'oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi non siano modificati nel corso delle negoziazioni.

Infine, l'ente concedente deve comunicare a tutti i partecipanti il termine indicativo di conclusione della procedura, tenuto conto della complessità della concessione e del tempo fissato per la ricezione delle offerte²¹⁴.

La concessione è aggiudicata sulla base dei criteri oggettivi indicati dall'ente concedente nel bando, secondo un ordine di importanza decrescente. I criteri di aggiudicazione devono essere connessi all'oggetto della concessione, non attribuire un'incondizionata libertà di scelta all'ente concedente e devono includere, tra l'altro criteri ambientali, sociali o relativi all'innovazione.

**I criteri per
l'aggiudi-
cazione**

Gli operatori economici presentano le loro offerte tenendo conto del progetto di fattibilità posto come base di gara. Sarà poi solo l'aggiudicatario a predisporre il progetto esecutivo.

Pertanto, in fase di gara, l'offerente potrà limitarsi a proporre soluzioni migliorative rispetto al progetto di fattibilità che assicurino una più efficiente realizzazione delle specifiche esigenze pubbliche da soddisfare. Non vi è invece la necessità di sviluppare un compiuto livello di definizione del progetto, per esempio definendo puntualmente i costi o i tempi di realizzazione.

Qualora l'ente concedente riceva un'offerta che propone una soluzione innovativa rispetto al progetto di fattibilità posto a gara e che non avrebbe potuto essere prevista, l'ente concedente può modificare l'ordine di importanza dei criteri di aggiudicazione ed emettere un nuovo invito a presentare offerte.

²¹⁴ L'ente concedente è libero di fissare il termine di ricezione delle offerte; tuttavia, l'articolo 184 stabilisce alcuni termini minimi. In linea con quanto disposto dalla direttiva 2014/23/UE, il termine minimo per la ricezione delle offerte è di 30 giorni dalla data di trasmissione (e non più di pubblicazione) del bando; se la procedura si svolge in fasi successive, il termine minimo è di 22 giorni dalla data di trasmissione dell'invito a presentare le offerte.

Per evitare che si intraprendano progetti non realizzabili o non convenienti, prima di assegnare il punteggio all'offerta economicamente più vantaggiosa, la commissione aggiudicatrice, formata da componenti altamente qualificati, deve verificare l'adequatezza e la sostenibilità del piano economico-finanziario.

Esecuzione e cessazione anticipata del contratto

Per quanto riguarda la fase di esecuzione della concessione, il Codice (artt. 188 -192) ricalca con poche innovazioni la disciplina prevista per gli appalti e la estende anche ai contratti di concessione di importo inferiore alla soglia europea (articolo 187, comma 2).

Anzitutto vengono espressamente richiamate le previsioni in materia di subappalto contenute nell'articolo 119²¹⁵ (articolo 188).

Inoltre, vengono definite le condizioni in presenza delle quali è consentito modificare la concessione durante il periodo di efficacia, senza procedere a una nuova aggiudicazione (articolo 189).

Ciò è possibile quando:

- le modifiche sono state previste nei documenti di gara in clausole chiare, precise e inequivocabili. Esse possono comprendere la revisione dei prezzi, secondo i criteri dell'articolo 60²¹⁶, devono fissare le condizioni in presenza delle quali si attivano e non devono alterare la natura generale della concessione;
- si sono resi necessari lavori o servizi supplementari non inclusi nella concessione iniziale e un cambiamento di concessionario non è praticabile per motivi economici o tecnici oppure perché comporta notevoli inconvenienti (compresa una duplicazione dei costi) per l'ente concedente;
- la modifica è necessaria a seguito di circostanze che l'ente concedente diligente non poteva prevedere e, nel caso di concessioni diverse da quelle di cui all'allegato II della direttiva 2014/23/UE, l'eventuale aumento di valore non deve eccedere il 50% del valore della concessione iniziale;
- il nuovo concessionario succede a quello iniziale in virtù della presenza di una clausola di revisione inequivocabile oppure a seguito di ristrutturazioni societarie

²¹⁵ Ciò comporta un implicito richiamo anche all'applicazione delle pronunce giurisprudenziali, europee e nazionali, adottate in materia di subappalto.

²¹⁶ Si ricorda che la revisione del prezzo è consentita solo quando la variazione supera il 5% del prezzo dedotto in contratto, con il riconoscimento a favore dell'aggiudicatario dell'80% del maggior costo sopportato. Per un'analisi approfondita della norma, v. par. 6.9.

(rilevazioni, fusioni, acquisizioni o insolvenze) oppure nel caso in cui l'ente concedente si assume gli obblighi del concessionario principale nei confronti dei suoi subappaltatori;

- le modifiche, a prescindere dal loro valore, non sono sostanziali²¹⁷;
- il valore della modifica è inferiore sia alla soglia di rilevanza europea sia al 10% del valore iniziale della concessione.

Infine, quando eventi sopravvenuti, straordinari e imprevedibili hanno comportato un'alterazione dell'equilibrio economico finanziario, l'articolo 192 consente al concessionario di richiedere la revisione del contratto, al fine di ristabilire l'allocatione del rischio secondo i parametri pattuiti al momento della conclusione del contratto²¹⁸. In tal caso, in sede di revisione non è possibile concordare modifiche che alterino la natura della concessione o modifiche sostanziali, che se fossero state conosciute, avrebbero determinato l'ammissione di candidati diversi, l'accettazione di una diversa offerta o la partecipazione di ulteriori operatori economici.

**La revisione
del contratto**

In caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto e a favore del concessionario uscente è previsto un rimborso degli importi relativi alle opere già realizzate (compresi gli oneri accessori) o comunque i costi effettivamente sostenuti, a esclusione degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato del contratto di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse.

Per le opere di interesse statale o finanziate con il contributo a carico dello Stato per le quali è previsto il parere del CIPESS, la revisione è subordinata alla valutazione da parte del DIPE, che si esprime di concerto con la Ragioneria generale dello Stato.

Risoluzione, recesso e subentro

Le disposizioni relative alla fase di esecuzione della concessione disciplinano tre ulteriori ipotesi che possono verificarsi durante il ciclo di vita del contratto di concessione: la risoluzione, il recesso (art. 190) e il subentro (art. 191). Anche in questi casi il Codice

²¹⁷ L'articolo 189, comma 4 definisce la nozione di modifica sostanziale, riprendendo l'articolo 175, comma 7 del decreto legislativo n. 50/2016. Pertanto, la modifica è sostanziale quando non muta la natura della concessione rispetto a quella inizialmente conclusa. A tal fine vengono indicate alcune ipotesi di modifiche sostanziali: a) la modifica consente l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o induce ulteriori operatori economici a partecipanti; b) la modifica cambia l'equilibrio economico finanziario della concessione a favore del concessionario; c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione della concessione.

²¹⁸ Per dare luogo alla revisione del contratto, l'alterazione dell'equilibrio economico finanziario, non deve essere imputabile al concessionario né rientrare nel rischio allocato a carico dello stesso.

definisce la disciplina in modo aderente rispetto alla direttiva europea e laddove non previsto ricorre alle norme privatistiche.

La concessione è risolta ex lege, quando:

**La
risoluzione
del contratto**

- essa ha subito una modifica sostanziale per la quale è richiesta una nuova procedura di aggiudicazione;
- il concessionario si trova, al momento dell'aggiudicazione, in una situazione che comporta l'esclusione dalla procedura;
- la Corte di giustizia ha constatato che uno Stato membro ha violato un obbligo derivante dal diritto europeo per cui l'ente concedente appartenente a tale Stato membro ha aggiudicato la concessione senza adempiere agli obblighi previsti dalla normativa europea²¹⁹.

Nel caso di inadempimento dell'ente concedente o del concessionario, l'altra parte può chiedere la risoluzione del contratto e la corresponsione dell'indennizzo, secondo le regole dell'articolo 1453 del codice civile. Al fine di prevenire contenziosi futuri, il contratto di concessione deve contenere una clausola penale di predeterminazione del danno e i criteri per il calcolo dell'indennizzo.

Quando la risoluzione è imputabile al concessionario, l'articolo 190, comma 3 definisce la procedura da seguire.

L'ente concedente deve comunicare per iscritto, sia al concessionario sia all'ente finanziatore, l'intenzione di procedere alla risoluzione del contratto; entro 120 giorni (e non più 90 giorni) l'ente finanziatore può indicare un operatore economico con le stesse caratteristiche tecniche e finanziarie corrispondenti a quelle per le quali è stata affidata la concessione, affinché subentri nel contratto. Questi deve assicurare l'esatto adempimento originariamente richiesto al concessionario sostituito. Il subentro diviene efficace dal momento in cui l'ente concedente presta il suo consenso.

Resta sempre la possibilità per l'ente concedente di recedere dal contratto per motivi di pubblico interesse.

²¹⁹ L'articolo 190 riprende quanto già previsto dall'articolo 176 del decreto legislativo n. 50/2016, apportandovi alcune modifiche volte a distinguere l'agire della pubblica amministrazione in virtù di poteri pubblicistici, che consentono di esercitare l'autotutela nei confronti di atti amministrativi, e l'agire secondo le norme del diritto privato che invece prevedono la risoluzione del contratto.

In questi casi il concessionario ha diritto a ricevere un indennizzo, calcolato sulla base dei criteri esplicitati in maniera inequivocabile nell'ambito del bando di gara e indicati nel contratto. In particolare, esso deve comprendere:

- il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori al netto degli ammortamenti, oppure, nel caso in cui l'opera non ha ancora superato la fase del collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario;
- i costi sostenuti o da sostenere in conseguenza del recesso, compresi gli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura assicurativa;
- il mancato guadagno compreso tra il 2% e il 5% degli utili previsti dal piano economico finanziario.

Il recesso diventa efficace dal momento del pagamento da parte dell'ente concedente delle somme dovute a titolo di indennizzo. Fino a quel momento, il concessionario ha diritto di proseguire nella gestione ordinaria dell'opera, incassandone i relativi ricavi, salvo la possibilità di effettuare eventuali investimenti improcrastinabili individuati dal concedente e per i quali è stato definito il conseguente ristoro.

Un aspetto innovativo del Codice riguarda l'ipotesi del subentro e in particolare la definizione dei profili patrimoniali (articolo 191).

Il subentro

Al subentrante vanno assegnati le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali essenziali per la prosecuzione del servizio, in quanto non duplicabili a costi sostenibili. A costui vanno altresì assegnati i beni strumentali realizzati in attuazione dei piani di investimento concordati con l'ente concedente.

Nel caso di cessazione anticipata per causa non imputabile al concessionario, il soggetto subentrante è tenuto a indennizzare il concessionario uscente per un importo pari al valore contabile non ancora ammortizzato (rivalutato attraverso pertinenti deflatori fissati dall'Istat e al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili agli investimenti effettuati), calcolato secondo i criteri fissati nel bando²²⁰.

8.3 Gli affidamenti dei concessionari e le concessioni in essere

L'operatore economico, al quale viene aggiudicata una concessione, in fase di esecuzione agisce come stazione appaltante, pertanto l'articolo 186, comma 1 precisa

²²⁰ Per i contratti stipulati prima dell'entrata in vigore del Codice (1° luglio 2023), restano salvi eventuali diversi accordi stabiliti dalle parti. Per le concessioni di servizi di interesse economico generali a livello locale, si applicano le disposizioni del decreto legislativo n. 201/2022.

che agli appalti affidati dai concessionari si applicano le norme del Codice in materia di appalti.

Per gli affidamenti da parte dei titolari di concessioni già in essere alla data di entrata in vigore del Codice, non affidate con procedure di gara, l'articolo 186 detta una nuova disciplina volta ad adeguare la normativa alla sentenza della Corte costituzionale che ha dichiarato illegittime le previsioni dell'articolo 177 del decreto legislativo n. 50/2016.

Focus 7 - La sentenza della Corte costituzionale 23 novembre 2021, n. 218 sull'obbligo di dismissione totalitaria

Con la sentenza 23 novembre 2021 n. 218, la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'articolo 177 del decreto legislativo n. 50/2016 e delle disposizioni della legge delega n. 11 del 2016 in base alle quali l'articolo 177 è stato adottato.

L'articolo 177 prevedeva a carico dei titolari di concessioni già in essere, di importo pari o superiore a 150.000 euro, non assegnate con la finanza di progetto o con procedure a evidenza pubblica l'obbligo di esternalizzare l'80% dell'attività oggetto della concessione mediante appalto a terzi e di realizzare il restante 20% tramite società *in house* o società controllate o collegate, oppure tramite operatori individuati mediante procedura a evidenza pubblica, anche di tipo semplificato.

L'obbligo di dismissione totalitaria dell'attività è stato ritenuto dalla Corte costituzionale una misura irragionevole e sproporzionata rispetto al pur legittimo fine di promuovere l'apertura al mercato e alla concorrenza, in quanto lesiva della libertà di iniziativa economica.

La Corte ha sottolineato infatti che uno degli aspetti caratterizzanti la libertà di iniziativa economica è costituito dalla possibilità che ha l'imprenditore di scegliere l'attività da svolgere, le modalità di reperimento dei capitali, le forme di organizzazione dell'attività, i sistemi di gestione e le tipologie del corrispettivo. Il legislatore può sicuramente intervenire e limitare tale libertà in funzione della tutela della concorrenza, ponendo ad esempio rimedio a vulnus derivanti da passati affidamenti avvenuti al di fuori delle regole del mercato. Tuttavia, il perseguimento del doveroso obiettivo di piena realizzazione dei principi di concorrenza incontra il limite della ragionevolezza e della necessaria considerazione degli altri interessi coinvolti.

Secondo i giudici costituzionali, la libertà d'impresa non può essere oggetto, nemmeno in ragione della piena realizzazione dei principi di concorrenza, di un radicale

svuotamento delle sue prerogative, come avverrebbe nel caso di un completo sacrificio della facoltà dell'imprenditore di compiere le scelte organizzative relative alla stessa attività d'impresa.

In base al disposto dell'articolo 177, l'imprenditore concessionario, non conservando alcuna attività operativa, viene trasformato in una mera stazione appaltante, senza peraltro considerare le dimensioni della concessione, le dimensioni e le caratteristiche del soggetto concessionario, l'epoca di assegnazione della concessione, la sua durata, il suo oggetto e il suo valore economico.

Secondo la Corte, il legislatore avrebbe dovuto dare evidenza delle circostanze rilevanti in funzione di un adeguato bilanciamento tra i due diversi aspetti della libertà d'impresa. Pertanto, il legislatore avrebbe dovuto perseguire l'obiettivo della tutela della concorrenza calibrando l'obbligo di dismissione sulla base delle differenti situazioni concrete, ad esempio attraverso la modulazione dei tempi, oppure limitandolo o escludendolo laddove la posizione del destinatario fosse risultata particolarmente meritevole di protezione²²¹.

La nuova norma modifica sia le percentuali delle quote della concessione che devono essere esternalizzate sia le modalità di calcolo.

In particolare, i titolari di concessioni in essere al 1° luglio 2023 hanno l'obbligo di affidare a terzi una quota compresa tra il 50% e il 60% dei contratti di lavori, servizi e forniture.

L'obbligo di esternalizzazione riguarda le concessioni in essere di lavori e servizi pubblici, ad esclusione di quelli relativi ai settori speciali, che sono di importo pari o superiore alla soglia europea e che non sono state affidate secondo le regole europee vigenti al momento dell'affidamento o della proroga.

**Obbligo di
esternalizza
zione**

L'effettiva quota da esternalizzare è stabilita convenzionalmente dall'ente concedente e dal concessionario, in considerazione di una serie di criteri: le dimensioni economiche e le caratteristiche dell'impresa, l'epoca di assegnazione della concessione, la durata residua, l'oggetto, il valore economico e l'entità degli investimenti effettuati²²².

²²¹ Per un'analisi approfondita dell'articolo 177 del decreto legislativo n. 50/2016 e della sua dichiarazione di illegittimità costituzionale cfr. Il Caso Assonime n. 2/2022.

²²² Le modalità di calcolo sono definite con provvedimento dell'ANAC da adottarsi entro 60 giorni.

Il soggetto al quale affidare parte della concessione deve essere scelto mediante procedura ad evidenza pubblica, con la previsione di clausole sociali relative alla stabilità del personale impiegato e alla salvaguardia delle professionalità.

Nel caso di comprovata indivisibilità dei servizi oggetto della concessione, in sostituzione dell'obbligo di esternalizzazione, il comma 3 dell'articolo 186 prevede una compensazione a favore dell'ente concedente. In questi casi il concessionario deve corrispondere all'ente concedente una quota compresa tra il 5% e il 10% degli utili previsti dal piano economico finanziario. La quota in concreto da applicare va fissata, tenendo conto dell'epoca dell'assegnazione della concessione, della sua durata, del suo oggetto, del suo valore economico e dell'entità degli investimenti²²³.

Le concessioni in essere devono essere adeguate a tali disposizioni entro il 1° gennaio 2024.

Regole particolari per le concessioni autostradali in essere

Per i concessionari autostradali, le quote e i criteri di determinazione sono calcolati sulla base degli importi risultanti dai piani economici finanziari annessi agli atti convenzionali.

La verifica del rispetto di tale soglia è effettuata dall'ente concedente ogni cinque anni. A tal fine i concessionari presentano all'ente concedente il piano complessivo dei lavori, servizi e forniture.

Qualora siano accertate situazioni di squilibrio rispetto alle quote obbligatorie, in sede di aggiornamento del rapporto concessorio, vengono adottate misure di riequilibrio a valere sui piani economici finanziari.

Se invece le quote obbligatorie di affidamento non vengono rispettate, l'ente concedente può richiedere al concessionario la presentazione di garanzie fideiussorie.

²²³ Questa alternativa sembra essere più una misura punitiva che finalizzata a favorire l'apertura alla concorrenza, attraverso la restituzione al mercato di segmenti di attività sottratti.

8.4 La finanza di progetto

Una particolare modalità di finanziamento delle concessioni è costituita dalla finanza di progetto (o *project financing*)²²⁴.

Nell'ottica di rendere il partenariato pubblico-privato sempre più attrattivo per gli investitori istituzionali, Il Codice (articoli 193-195), ridisegna la disciplina del project financing, apportandovi utili semplificazioni.

La fase di presentazione delle proposte

Anzitutto è stata eliminata la procedura ad iniziativa pubblica, in quanto ritenuta una duplicazione della scelta dell'amministrazione pubblica di indire una gara per l'affidamento della concessione²²⁵. Pertanto, soltanto i soggetti privati possono presentare agli enti concedenti proposte di realizzazione in concessione non solo di lavori, ma anche di servizi (articolo 193, comma 1).

**Procedura a
iniziativa
privata**

Le proposte possono riguardare sia iniziative non presenti negli atti di programmazione sia iniziative presenti, proponendo ad esempio modalità diverse di realizzazione. Esse devono contenere un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato (con l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta comprensivo di eventuali diritti sulle opere d'ingegno) nonché la specificazione del servizio e della gestione.

Nodi da sciogliere

Con riferimento ai documenti da presentare a corredo della proposta, sarebbe opportuno precisare la portata del 'progetto di fattibilità' rispetto ai generali livelli di progettazione previsti dall'articolo 41 del Codice (progetto di fattibilità tecnico economica e progetto esecutivo). Il fatto che l'articolo 193 richieda la presentazione del progetto di fattibilità, invece che di un progetto di fattibilità tecnico economica, fa sorgere il dubbio che si tratti di un documento diverso.

²²⁴ L'articolo 198, comma 1 precisa tuttavia che le proposte di finanza di progetto possono riguardare, non solo la concessione, ma tutti i contratti di partenariato pubblico privato.

²²⁵ Vi è tuttavia la possibilità per l'ente concedente di sollecitare i privati a farsi promotori di iniziative volte a realizzare i progetti inclusi negli strumenti di programmazione (articolo 193, comma 11).

A differenza di quanto previsto dal decreto legislativo n. 50/2016, al momento della presentazione delle proposte non è necessario che gli investitori istituzionali posseggano i requisiti richiesti nel bando²²⁶.

Essi possono soddisfare la richiesta di requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale in sede di gara, avvalendosi, anche integralmente delle capacità di altri soggetti. Oppure in alternativa possono impegnarsi a subappaltare, anche integralmente, le prestazioni oggetto del contratto di concessione a imprese in possesso dei requisiti richiesti dal bando, a condizione che il nominativo del subappaltatore sia comunicato, con il suo consenso, all'ente concedente entro la scadenza del termine per presentare l'offerta.

Inoltre, per favorire ulteriormente la partecipazione alla procedura, in questa fase non viene più richiesta la presentazione della garanzia provvisoria né la prestazione di una cauzione.

La procedura di affidamento e la figura del promotore

Per quanto riguarda invece lo svolgimento della procedura, le regole sono rimaste pressoché inalterate.

L'ente concedente provvede entro 90 giorni alla valutazione della fattibilità della proposta, invitando, se necessario, il promotore ad apportare modifiche necessarie per l'approvazione. Se il promotore non apporta le modifiche richieste, la proposta è respinta.

L'ente concedente conclude la procedura di valutazione del progetto con la pubblicazione del provvedimento sul proprio sito istituzionale e con la sua

²²⁶ Al fine di individuare gli investitori istituzionali che possono presentare proposte, l'articolo 193 comma 1 fa riferimento ai soggetti dell'articolo 2, numero 3 del regolamento (UE) 2015/1017 nonché all'elenco degli investitori indicati all'articolo 32, comma 3 del decreto-legge n. 78/2010. Pertanto, essi sono: i) le banche; ii) gli istituti nazionali di promozione; iii) i fondi partecipati esclusivamente dai seguenti soggetti: a) Stato o ente pubblico; b) organismi d'investimento collettivo del risparmio; c) forme di previdenza complementare nonché enti di previdenza obbligatoria; d) imprese di assicurazione, limitatamente agli investimenti destinati alla copertura delle riserve tecniche; e) intermediari bancari e finanziari assoggettati a forme di vigilanza prudenziale; f) soggetti e patrimoni indicati nelle precedenti lettere costituiti all'estero in paesi o territori che consentano uno scambio d'informazioni finalizzato ad individuare i beneficiari effettivi del reddito o del risultato della gestione e sempreché siano indicati nel decreto del Ministro dell'economia e delle finanze di cui all'articolo 168-bis, comma 1, del Testo unico delle imposte sui redditi (d.P.R. n. 917/1986); g) enti privati residenti in Italia che perseguano esclusivamente le finalità indicate nell'articolo 1, comma 1, lett. c-bis del decreto legislativo n. 153/1999 nonché società residenti in Italia che perseguano esclusivamente finalità mutualistiche; h) veicoli costituiti in forma societaria o contrattuale partecipati in misura superiore al 50% dai soggetti indicati nelle precedenti lettere.

comunicazione ai soggetti interessati. Il progetto di fattibilità una volta approvato è inserito tra gli strumenti di programmazione dell'ente concedente.

Il progetto approvato viene posto a gara secondo la tempistica prevista nella programmazione dell'ente concedente. Nel bando di gara l'ente concedente dispone che il promotore, qualora non risultasse aggiudicatario, può esercitare il diritto di prelazione. Diversamente da quanto previsto nella precedente normativa, viene precisato che il criterio di aggiudicazione della gara è l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo.

Tutti i soggetti, compreso il promotore, in possesso dei requisiti richiesti dal bando possono presentare un'offerta. Essa deve contenere: il piano economico finanziario asseverato, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, le varianti migliorative del progetto di fattibilità posto a base di gara nonché la garanzia provvisoria pari al massimo al 2% del valore complessivo indicato nel bando.

Ricevute le offerte, l'ente concedente le esamina e redige una graduatoria. Il contratto viene aggiudicato al soggetto che ha presentato la migliore offerta. Tra i criteri di aggiudicazione, l'ente concedente tiene conto della quota di investimenti destinata al progetto in termini di ricerca, sviluppo e innovazione tecnologica.

Se il promotore non risulta aggiudicatario, entro 15 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, può esercitare il diritto di prelazione. In tal caso egli deve impegnarsi ad adempiere le obbligazioni contrattuali alle stesse condizioni offerte dall'aggiudicatario e a corrispondere all'aggiudicatario originario una somma pari all'importo delle spese documentate ed effettivamente sostenute per la predisposizione dell'offerta, fino al 2,5% del valore del progetto posto a base di gara.

**Il diritto di
prelazione**

Se il promotore non risulta aggiudicatario né esercita il diritto di prelazione, ha diritto al pagamento a carico dell'aggiudicatario, delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, fino a un importo massimo pari al 2, 5% del valore dell'investimento posto a base di gara.

Nodi da sciogliere

Il diritto di prelazione desta perplessità sulla sua effettiva efficacia. E' uno strumento che potrebbe risultare distorsivo della concorrenza e dell'esito finale della procedura di aggiudicazione, in quanto consente al promotore non aggiudicatario di ottenere comunque l'affidamento del contratto di concessione. Va considerato che

l'individuazione del soggetto promotore, al quale viene attribuito il diritto di prelazione, avviene nella fase preliminare della procedura che, ancorché procedimentalizzata, è connotata da un'ampissima discrezionalità amministrativa, in quanto volta a scegliere il progetto migliore per la collettività, sulla base di criteri non preordinati. L'attribuzione del diritto di prelazione al soggetto così selezionato finirebbe per offrire a questi una posizione di supremazia ingiustificata, non essendo stata raggiunta attraverso un confronto concorrenziale sottoposto al principio delle procedure di evidenza pubblica. Su quest'aspetto, peraltro il Consiglio di Stato ha adottato un'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (Consiglio di Stato 7 giugno 2023 n. 5615). Inoltre, il diritto di prelazione, oltre ad avere un effetto disincentivante nei confronti dei potenziali concorrenti, che potrebbero essere dissuasi dal partecipare alla gara oppure potrebbero parteciparvi solo con finalità di puro disturbo, laddove esercitato potrebbe essere foriero di contenzioso, soprattutto nei casi in cui la 'identità' delle offerte (quella aggiudicata e quella promessa dal promotore) è difficile da valutare, come spesso accade nel caso di affidamento di contratti aventi ad oggetto beni o servizi altamente tecnologici.

L'aggiudicatario, entro la data di inizio dell'esercizio del servizio, è tenuto a versare una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento degli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera. La cauzione deve essere pari al 10% del costo annuo operativo di esercizio e deve essere prestata con le modalità di cui all'articolo 117 del Codice. La mancata prestazione della cauzione costituisce grave inadempimento contrattuale e quindi può dar luogo alla risoluzione del contratto.

La società di scopo

Per tutti i progetti di valore superiore alle soglie di rilevanza europea, l'articolo 194 prevede l'obbligo (e non più la facoltà) a carico dell'aggiudicatario di costituire una società di scopo per la realizzazione dei lavori o la prestazione di servizi affidati con la concessione²²⁷.

Questa modifica è volta a incentivare l'ingresso di investitori privati nel progetto, in quanto la costituzione di una società ad hoc consente di rispettare il principio di *ring-fencing* cioè la separazione economica e giuridica del progetto dalle altre iniziative

²²⁷ Gli operatori economici aggiudicatari di contratti di partenariato pubblico privato possono sempre avvalersi, anche al di fuori della finanza di progetto, della facoltà di costituire una società di scopo (articolo 198, comma 2).

dell'aggiudicatario, con la conseguenza che il debito utilizzato per finanziare il progetto rimane fuori bilancio e i finanziatori possono rivalersi sui flussi di cassa del progetto e sui beni della società di scopo. D'altro canto, la società di scopo è anche garanzia di realizzazione del progetto perché in caso di fallimento dell'aggiudicatario, la società di scopo può proseguire la sua missione.

La forma giuridica della società di scopo può essere una società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile. L'ammontare del capitale sociale minimo è indicato nel bando di gara. Se il concorrente è costituito da più soggetti, nell'offerta deve essere indicata, a pena di esclusione, la quota di partecipazione al capitale sociale di ciascun soggetto.

**La forma
della società**

La società di scopo subentra a titolo originario nel rapporto di concessione, senza necessità di approvazione o autorizzazione amministrativa. Essa sostituisce l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'ente concedente. I lavori o le prestazioni oggetto della concessione si intendono realizzati e prestate in proprio dalla società, anche nel caso in cui sono stati affidati dalla società stessa ai propri soci in possesso dei requisiti necessari.

Per quanto riguarda la disciplina della società di scopo, l'articolo 194 conferma la responsabilità solidale dei soci nei confronti dell'ente concedente per l'eventuale rimborso del contributo percepito e la possibilità per la società di liberare i soci, mediante la prestazione di garanzie bancarie o assicurative.

**La
responsabili-
tà solidale
dei soci**

Sono inoltre disciplinate, con alcuni elementi di specialità rispetto al modello civilistico, le modalità di cessione delle quote della società, l'ingresso nel capitale sociale e lo smobilizzo di partecipazioni da parte di banche e altri investitori istituzionali (articolo 194, comma 3), la sostituzione dei soci della società che perdono i requisiti di qualificazione (articolo 194, comma 4), l'emissione di obbligazioni e altri titoli di debito da parte della società di scopo e i soggetti che li possono sottoscrivere (articolo 195).

8.5 La locazione finanziaria, il contratto di disponibilità e le altre tipologie contrattuali

La collaborazione tra pubblico e privato può realizzarsi anche attraverso la stipulazione di contratti di locazione finanziaria (*leasing*) o di disponibilità. Ad essi si applicano le disposizioni in materia di concessioni, salvo alcune norme specifiche contenute rispettivamente nell'articolo 196 e 197 del Codice. Sono compresi nell'ambito del partenariato pubblico privato anche altre tipologie contrattuali quali, il contratto di

rendimento energetico (art. 200), il contratto di cessione di immobili in cambio di opere (art. 2022), nonché il contratto di *global service* (art. 201).

Il contratto di locazione finanziaria

L'articolo 196 consente agli enti concedenti di realizzare, acquisire e completare opere pubbliche o di pubblica utilità attraverso la stipulazione di un contratto di locazione finanziaria.

Il leasing immobiliare

Si tratta di un contratto di leasing immobiliare che coinvolge tre soggetti: esso consente alla pubblica amministrazione di conseguire la disponibilità di un bene immobile che la società di locazione finanziaria ha acquisito da un operatore economico, per un determinato periodo di tempo, a fronte del pagamento di un canone periodico. Alla scadenza del contratto, l'ente concedente può acquisire la proprietà del bene, esercitando il diritto di riscatto (anche anticipato)²²⁸.

L'oggetto del contratto di locazione finanziaria è quindi il godimento di un bene che può essere già esistente oppure da realizzare. In quest'ultimo caso, se il contratto prevede il trasferimento del rischio operativo sul privato si applicano le norme in materia di concessioni; in caso contrario si applicano le disposizioni sugli appalti pubblici di lavori.

L'opera può essere realizzata su un'area pubblica (in tal caso il soggetto pubblico concede il diritto di superficie) oppure su un'area già nella disponibilità dell'aggiudicatario.

Per l'aggiudicazione del contratto di leasing, l'ente concedente pone a base di gara almeno il progetto di fattibilità: spetta poi all'aggiudicatario provvedere alla predisposizione dei successivi livelli progettuali²²⁹.

Alla gara possono partecipare due particolari tipologie di offerenti:

- il soggetto finanziatore²³⁰ a condizione che ricorra all'avvalimento per garantire il possesso delle capacità necessarie alla realizzazione dell'opera;

²²⁸ Nel contratto di locazione può essere previsto l'obbligo per l'ente concedente di riscattare il bene. In tal caso l'opera oggetto di locazione finanziaria segue il regime di opera pubblica a fini urbanistici, edilizi ed espropriativi (articolo 196, comma 8).

²²⁹ Anche in questo caso, il riferimento del comma 4 articolo 196 al 'progetto di fattibilità' pone dubbi sulla identità o meno rispetto al progetto di fattibilità tecnica economica. Il richiamo nella stessa previsione 'ai successivi livelli progettuali' porta a ritenere che si tratta di uno stadio progettuale differente.

²³⁰ Il soggetto finanziatore (o società di locazione finanziaria) è colui che finanzia la realizzazione dell'opera anticipandone i costi al soggetto realizzatore.

- il raggruppamento temporaneo di imprese costituito dal soggetto finanziatore e da uno o più soggetti realizzatore. In questo caso, in deroga alle regole generali in tema di RTI, non vi è responsabilità solidale tra i partecipanti al raggruppamento, ma ciascun partecipante è responsabile in relazione alla specifica obbligazione assunta in contratto.

Per quanto riguarda l'esecuzione del contratto, l'adempimento delle obbligazioni dell'ente concedente (cioè, il pagamento del canone di locazione) è condizionato al positivo controllo del collaudo dell'opera ovvero della verifica di conformità in ordine alla gestione funzionale dell'opera secondo le modalità stabilite.

Il contratto di disponibilità

Un altro strumento volto a potenziare le forme di collaborazione tra pubblico e privato è il contratto di disponibilità. Esso è definito come “il contratto con il quale un operatore economico si obbliga, verso un corrispettivo e con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, a compiere e a far godere all'amministrazione aggiudicatrice un'opera destinata all'esercizio di un pubblico servizio. L'operatore economico garantisce il miglior godimento dell'opera, mantenendola in stato da servire all'uso convenuto ed eliminandone a proprie spese vizi, anche sopravvenuti. Il contratto può prevedere il trasferimento in proprietà all'amministrazione dell'opera, verso il pagamento di un corrispettivo ulteriore” (articolo 2, comma 1, lett. i, Allegato I.1).

**Differenze
rispetto alla
locazione
finanziaria**

Sebbene affine al contratto di locazione finanziaria, il contratto di disponibilità si caratterizza per la “messa a disposizione” di un bene privato a favore dell'amministrazione. La “messa a disposizione” comporta non solo l'assunzione dell'obbligo di garantire il godimento del bene, ma anche la prestazione di servizi accessori, quali quelli inerenti alla perfetta manutenzione e alla risoluzione di eventuali vizi.

L'articolo 197 prevede una specifica ripartizione del rischio operativo attribuendo all'operatore economico, proprietario dell'opera, maggiori responsabilità. In capo all'ente concedente resta, salvo diversa determinazione contrattuale, solo il rischio del mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni o altro atto amministrativo incedente sul compimento o sulla gestione tecnica dell'opera (comma 4). Mentre il rischio del mancato o ritardato rilascio di atti di approvazione da parte delle autorità competenti, relativi alla progettazione e alle eventuali varianti in corso d'opera, contrariamente a quanto avviene negli altri casi di partenariato pubblico privato, è a carico dell'operatore economico (comma 5).

**La
ripartizione
del rischio
operativo**

Per quanto riguarda la fase dell'affidamento del contratto, si applicano le regole generali dettate in materia di concessioni. La procedura prende avvio con la pubblicazione di un bando di gara, redatto secondo i criteri dei bandi tipo dell'ANAC, in cui vengono indicati i requisiti generali di partecipazione e di qualificazione degli operatori economici. Il bando deve essere corredato da un capitolato prestazionale in cui sono indicate le caratteristiche tecniche e funzionali dell'opera, i criteri di determinazione e riduzione del corrispettivo nonché i modi di prestazione di garanzie e cauzioni volte ad assicurare l'esatto adempimento delle obbligazioni contrattuali.

**La fase
dell'esecuzione**

In merito alla fase di esecuzione, una disciplina particolare è prevista per le varianti in corso d'opera. Esse sono soltanto comunicate (e non anche accettate) all'ente concedente il quale può opporsi se alterano le caratteristiche specifiche dell'opera indicate nel capitolato prestazionale (articolo 197, comma 6). L'esecuzione del contratto si conclude con il collaudo dell'opera per verificare il puntuale rispetto del capitolato prestazionale. In mancanza, l'ente concedente può proporre le modifiche e le varianti finalizzate ad assicurare la corrispondenza alle caratteristiche tecniche e funzionali indicate.

Se il collaudo ha dato esito positivo, l'ente concedente è tenuto all'adempimento del suo obbligo, cioè al versamento del canone di disponibilità. Esso va commisurato all'effettivo periodo per il quale l'operatore economico ha garantito il godimento dell'opera perfettamente funzionante. Nei periodi di ridotta o nulla fruizione del bene (per manutenzione, vizi o qualsiasi motivo non compreso tra i rischi a carico dell'ente concedente) il canone va proporzionalmente ridotto o annullato.

**L'eventuale
trasferimento di
proprietà**

Il contratto di disponibilità oltre al diritto di godimento, può avere ad oggetto anche il trasferimento della proprietà dell'opera. In questo caso il corrispettivo a favore dell'aggiudicatario comprenderà in aggiunta al canone di disponibilità anche:

- un eventuale contributo in corso d'opera, non superiore al 50% del costo dell'opera da realizzare e
- un prezzo di trasferimento, da pagare al termine del contratto, parametrato in relazione ai canoni già versati e all'eventuale contributo in corso d'opera corrisposto nonché al valore di mercato residuo dell'opera.

Il contratto di rendimento energetico e il contratto di cessione di immobili in cambio di opere

Una particolare forma di partenariato è il contratto di rendimento energetico. Si tratta di una fattispecie contrattuale introdotta dalla direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica (recepita nel nostro ordinamento con il d. lgs. n. 102/2014) che ha ad oggetto il miglioramento dell'efficienza energetica.

**Il contratto
di
rendimento
energetico**

In questi casi, l'articolo 200 dispone che i ricavi di gestione dell'operatore economico sono determinati e pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica o di altri criteri di prestazione energetica stabiliti nel contratto, purché quantificabili in relazione ai consumi. Il livello di miglioramento energetico deve essere verificato durante l'intera durata del contratto anche avvalendosi di apposite piattaforme informatiche per la raccolta, la gestione, l'elaborazione e il monitoraggio dei consumi energetici.

Il contratto di cessione di immobili in cambio di opere ha ad oggetto la progettazione e la realizzazione di un'opera pubblica da parte di un soggetto privato a fronte di un corrispettivo che consiste nel trasferimento della proprietà di beni immobili dell'ente concedente non più destinati al perseguimento di scopi di interesse generale. Il trasferimento della proprietà può avvenire anche prima della fine dei lavori previa garanzia fideiussoria pari al valore dell'immobile.

**Il contratto
di cessione
di immobili
in cambio di
opere**

Il global service

Una tipologia sui generis di partenariato pubblico privato è rappresentata dal contratto a prestazione complessa avente ad oggetto servizi globali²³¹.

Il Codice delinea i tratti essenziali del contratto di affidamento di servizi globali che ricomprende diverse tipologie di contratti (quali il general contractor o il global service) in cui assume rilievo il raggiungimento del risultato amministrativo. All'obbligo di realizzare un'opera si aggiunge il perseguimento del determinato risultato amministrativo indicato nel bando o nel contratto.

**Il contratto
di global
service**

²³¹ Si tratta in realtà di una fattispecie non propriamente riconducibile a un partenariato pubblico privato poiché il soggetto privato non è gravato dal rischio operativo ed è escluso dalla gestione dell'opera. Tuttavia, non è neanche assimilabile all'appalto poiché il corrispettivo è determinato in relazione al grado di realizzazione degli obiettivi prefissati dal soggetto pubblico.

Trattandosi di prestazioni complesse, all'affidatario o contraente generale²³² è richiesto di possedere specifiche competenze professionali e rilevanti capacità patrimoniali e finanziarie.

Sistema di qualificazione del contraente generale

Il possesso delle peculiari competenze e capacità richieste al contraente generale è attestato da uno specifico sistema di qualificazione.

Tale sistema, che sarà istituito con regolamento dell'ANAC, è basato su classifiche effettuate in base all'importo delle procedure di aggiudicazione alle quali il contraente generale può partecipare.

Il contraente generale non può partecipare a procedure di importo superiore a quello della classifica di iscrizione, ma può unirsi a un altro contraente generale al fine di conseguire la classifica necessaria per partecipare alla procedura.

In via transitoria la qualità di contraente generale è attestata dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti dietro richiesta dell'interessato, con atto che conserva efficacia per tre anni.

Il contratto è aggiudicato al contraente generale, scelto tra quelli invitati a partecipare alla procedura, che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il contenuto dei contratti di affidamento di servizi globali è determinato dalle parti, tenendo conto dei bandi tipo e dei contratti tipo predisposti dall'ANAC.

In particolare, si sottolinea che l'affidatario è tenuto a redigere il progetto esecutivo (in conformità del progetto di fattibilità tecnico economica redatto dall'ente concedente) e pertanto il rischio derivante da omissioni, inesattezze o errori è a carico dell'affidatario. Mentre il rischio derivante dalle varianti del progetto richieste dall'ente concedente o cagionate da forza maggiore o da provvedimenti di altre autorità è a carico dell'ente concedente.

²³² Il contraente generale è una società avente per oggetto l'esercizio di un'attività commerciale o una società cooperativa o un consorzio di cooperative di produzione e lavoro, per il quale non ricorrono i motivi di esclusione di cui agli articoli 94, 95, 96, 97 e 98 né il possesso di idonei requisiti professionali, patrimoniali e finanziari (art. 207, comma 1);

Il corrispettivo, che non può essere inferiore a 100 milioni di euro, è commisurato all'effettivo e concreto grado di raggiungimento del risultato dedotto in contratto. Viene così trasferito sull'affidatario il relativo onere di efficienza nell'esecuzione delle prestazioni.

Il contraente generale può eseguire le prestazioni dedotte in contratto anche costituendo una società di scopo, i cui soci devono essere dotati di idonei requisiti di professionalità (ivi compresi gli investitori istituzionali). Se non diversamente stabilito in contratto, l'affidatario è solidalmente responsabile con la società di scopo per l'esatto adempimento delle prestazioni, salvo che la società di scopo non fornisca all'ente concedente garanzie bancarie e assicurative liberando in tal modo i soci.

Le prestazioni dedotte in contratto possono essere affidate a terzi, in possesso dei requisiti di qualificazione richiesti, i quali possono procedere al sub affidamento.

9. La tutela giurisdizionale e i rimedi alternativi

Il Libro V del Codice è dedicato alla tutela giurisdizionale e ai rimedi alternativi alla giurisdizione. Si tratta di una normativa, non necessaria ai fini del recepimento delle direttive europee, ma adottata in attuazione della legge delega che espressamente richiede di estendere e rafforzare i metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche durante la fase di esecuzione del contratto (lettera ii).

A tal fine, la nuova disciplina apporta modifiche mirate ad alcune disposizioni del Codice del processo amministrativo che regolano il rito speciale in materia di appalti (la cui applicazione peraltro viene estesa alle concessioni), nell'ottica di agevolare la conclusione del contenzioso. Inoltre, la nuova normativa semplifica e favorisce il ricorso ai rimedi alternativi alla giurisdizione.

**Le modifiche
al codice del
processo
amministrativo**

9.1 Le modifiche al rito speciale

Le disposizioni contenute nell'articolo 209 intervengono principalmente, senza alterarne la struttura, sugli articoli 120 e 124 del Codice del processo amministrativo²³³.

Per quanto riguarda le modifiche all'articolo 120, un primo aspetto innovativo riguarda l'obbligo di indicare il CIG in tutti gli atti di parte e in tutti i provvedimenti emessi dal giudice. L'indicazione del CIG dovrebbe consentire di individuare le impugnazioni relative alla stessa procedura ed eventualmente consentire la trattazione congiunta. La

²³³ L'articolo 209 contiene altresì modifiche relative agli articoli 121 e 123 del codice del processo amministrativo, le quali hanno carattere puramente formale e di coordinamento (comma 1, lettera b e c).

mancata indicazione del CIG è intesa come errore materiale, pertanto sanabile mediante la procedura di correzione di cui all'articolo 86, comma 1 del codice del processo amministrativo.

Nodi da sciogliere

L'obbligo di indicare il CIG lascia dubbi su come procedere nel caso di procedure per le quali non è possibile indicare il CIG perché non è previsto il rilascio del CIG, come ad esempio nel caso degli affidamenti in house. In queste ipotesi non vi è omissione, per cui sarebbe improprio procedere ex articolo 86, comma 1 c.p.a.

Un altro aspetto su cui incidono le modifiche dell'articolo 209 riguarda il termine entro cui è possibile presentare il ricorso principale o incidentale.

Termini per i ricorsi

Il nuovo comma 2 dell'articolo 120 c.p.a. prevede che il decorso del termine per l'impugnazione decorre dalla ricezione della comunicazione di aggiudicazione ossia dall'atto che rende nota l'individuazione dell'aggiudicatario dopo i controlli sui requisiti e la valutazione dell'offerta. In alternativa il termine per l'impugnazione decorre dal momento in cui gli atti sono messi a disposizione dei partecipanti, cioè dal momento in cui sono pubblicati sulla piattaforma di approvvigionamento digitale utilizzata dalla stazione appaltante o ente concedente e accessibile a tutti i candidati e offerenti²³⁴.

Esenzione del contributo unificato

Infine, si segnala l'introduzione dell'esenzione dal pagamento del contributo unificato nel caso di impugnazione di atti attinenti alla procedura di aggiudicazione proposti con ricorso per motivi aggiunti.

Per quanto riguarda le modifiche apportate all'articolo 124 del c.p.a, esse riguardano in particolare il giudizio di cognizione del giudice e il meccanismo di liquidazione del danno.

Giurisdizio- ne esclusiva per le azioni risarcitorie e di rivalsa

La prima modifica estende la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alle azioni risarcitorie e a quelle di rivalsa proposte dalla stazione appaltante nei confronti dell'operatore economico che, con il suo comportamento illecito, ha concorso a determinare un esito della gara illegittimo.

²³⁴ La previsione di due termini diversi per l'impugnazione sembra trovare giustificazione fino al pieno funzionamento della piattaforma di approvvigionamento digitale. A regime, infatti i due termini dovrebbero coincidere, in quanto l'articolo 36 comma 1 prevede che gli atti relativi alla procedura siano resi disponibili contestualmente alla comunicazione dell'aggiudicazione

Questa previsione si pone in linea sia con l'orientamento giurisprudenziale²³⁵ sia con il nuovo principio di buona fede e tutela del legittimo affidamento: ai fini del risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, l'operatore economico è corresponsabile per l'esito della procedura aggiudicata sulla base di una sua condotta illecita.

La seconda modifica ha l'obiettivo di evitare l'attivazione del secondo giudizio di ottemperanza.

In caso di condanna pecuniaria, il giudice stabilisce i criteri in base ai quali la parte danneggiante deve formulare al danneggiato una proposta risarcitoria entro il termine fissato. In caso di mancato accordo sulla somma dovuta a titolo di ristoro, il creditore può devolvere la questione al giudice dell'ottemperanza.

**I criteri di
liquidazione
del danno**

Affinché l'importo del ristoro sia determinato in modo congruo rispetto all'entità del danno, già nell'ambito del giudizio di cognizione, la modifica all'articolo 124, comma 3 del c.p.a, prevede che la significativa differenza tra l'importo proposto e quello liquidato nell'ambito di un eventuale giudizio di ottemperanza costituisce elemento valutativo ai fini della regolamentazione delle spese di lite.

Allo stesso modo, anche il danneggiato deve valutare attentamente la proposta risarcitoria poiché in caso di ingiustificato rifiuto, le spese del giudizio di ottemperanza sarebbero a suo carico, qualora la liquidazione del giudice risultasse non superiore a quella proposta.

9.2 Accordo bonario, arbitrato e transazione

Gli strumenti alternativi alla tutela giurisdizionale (accordo bonario, transazione, arbitrato, collegio consultivo tecnico e pareri di precontenzioso) sono disciplinati dal Titolo II del Libro V (artt. 210- 220) che ricalca la normativa precedente, assegnando un ruolo centrale al Collegio consultivo tecnico e al parere di precontenzioso.

Gli articoli 210 e 211 disciplinano l'accordo bonario rispettivamente per i lavori pubblici e per i contratti di servizi e fornitura, continuativa o periodica, di beni nella misura in cui tale disciplina risulta compatibile.

**L'accordo
bonario**

²³⁵ Consiglio di Stato, Adunanza plenaria 12 maggio 2017, n. 2.

Il ricorso all'accordo bonario riguarda la risoluzione delle riserve iscritte sui documenti contabili, per effetto delle quali l'importo dell'opera o della prestazione può variare tra il 5% e il 15% del contratto²³⁶.

Il RUP deve attivare l'accordo bonario prima dell'approvazione del certificato di collaudo o di verifica di conformità o del certificato di regolare esecuzione. Ai fini della formulazione della proposta di accordo bonario, il RUP può avvalersi di un esperto scelto tra cinque soggetti indicati dalla Camera arbitrale²³⁷. Se la proposta è accettata, l'accordo bonario è concluso e ad esso viene attribuita natura transattiva. In caso di rifiuto della proposta resta per le parti la possibilità di adire gli arbitri o il giudice ordinario.

L'arbitrato

Un altro strumento alternativo all'azione giurisdizionale, disciplinato all'articolo 213, è l'arbitrato.

La norma riprende il regime precedente. In particolare, definisce, secondo lo stesso perimetro, l'ambito di applicazione. È possibile utilizzare tale strumento per le controversie derivanti dall'esecuzione di tutte le tipologie di contratti pubblici (lavori, servizi e forniture) che abbiano ad oggetto soltanto la tutela di diritti soggettivi (quindi relativi all'esecuzione e non all'aggiudicazione del contratto). Sono compromettibili in arbitrato anche le controversie conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario, nonché quelle in cui sia parte una società a partecipazione pubblica o una società controllata o collegata a una società pubblica oppure quando il contratto è finanziato con risorse a carico dei bilanci pubblici.

Viene confermata la facoltà per la stazione appaltante o ente concedente di indicare nei documenti di gara se il contratto conterrà o meno la clausola compromissoria, consentendo tuttavia all'aggiudicatario di rifiutarla entro venti giorni dall'aggiudicazione. Vengono altresì ribadite le stesse regole per lo svolgimento dell'intero procedimento arbitrale: dalla nomina degli arbitri al deposito del lodo e alla sua eventuale impugnazione.

Per quanto riguarda il rimedio della transazione, essa in linea con la disciplina precedente assume un ruolo residuale: quando non è possibile esperire gli altri rimedi

²³⁶ L'appaltatore qualora contesti la contabilizzazione dei corrispettivi effettuata dalla stazione appaltante o avanzi pretese idonee ad incidere sul compenso complessivo è tenuto ad iscrivere tempestivamente apposita riserva nei documenti contabili.

²³⁷ La Camera arbitrale, istituita presso l'ANAC, è l'organo centrale per la costituzione dei collegi arbitrali e per lo svolgimento dei singoli procedimenti arbitrali. L'articolo 214 ne stabilisce la struttura, le modalità di nomina dei suoi componenti e i compiti, tra cui la formazione e la tenuta dell'albo degli arbitri per i contratti pubblici, la redazione del codice deontologico e gli adempimenti necessari alla costituzione e al funzionamento del collegio arbitrale.

alternativi all'azione giurisdizionale, le controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione di contratti pubblici (sia di lavori che di servizi e forniture) possono essere risolte mediante transazione (articolo 212).

Transazione

A riguardo, in questa sede è utile ricordare che, diversamente da quanto avviene in ambito civilistico, la transazione quando ha ad oggetto contratti pubblici deve assumere la forma scritta, a pena di nullità.

9.3 Il collegio consultivo tecnico

Il rimedio alternativo che viene maggiormente valorizzato dal Codice è il collegio consultivo tecnico (CCT)²³⁸. Si tratta di un organismo consultivo e di mediazione e conciliazione che accompagna il contratto durante l'intero ciclo di vita, dal momento della stipulazione fino al termine della sua esecuzione. Esso è volto a prevenire l'insorgere di controversie e dispute tecniche oppure consentirne comunque una rapida risoluzione.

Le nuove norme (artt. 215-219) non apportano significative differenze rispetto alla preesistente disciplina, ma si limitano a consolidare e a promuoverne l'utilizzo.

Un aspetto innovativo riguarda l'estensione dell'obbligo di costituire il CCT. L'articolo 215 dispone che esso è obbligatorio non soltanto per gli appalti di lavori di importo superiore alla soglia europea, ma anche per gli appalti di forniture e servizi di importo superiore a 1 milione di euro.

**Obbligo di
costituzione
del CCT**

Le modalità di costituzione e di funzionamento del CCT, i requisiti dei suoi componenti e i criteri di determinazione dei loro compensi sono definiti nell'Allegato V.2 che riproduce la disciplina prevista nelle Linee guida adottate con Decreto Ministeriale 17 gennaio 2022.

²³⁸ Il collegio consultivo tecnico è stato originariamente previsto dall'articolo 207 del decreto legislativo n. 50/2016 e poi abrogato con il decreto legislativo n. 56/2019. Il decreto legge n. 32/2019 lo ha reintrodotto in via facoltativa; con il decreto legge n. 76/2020 è poi divenuto obbligatorio, fino al 30 giugno 2023.

Modalità di costituzione del collegio consultivo tecnico

Per quanto riguarda la composizione, il collegio consultivo tecnico è formato, a scelta della stazione appaltante o dell'ente concedente, da tre o cinque membri in considerazione della complessità dell'opera e dell'eterogeneità delle professionalità richieste. I componenti devono essere dotati di esperienza e qualificazione professionale adeguate all'opera e sono scelti tra ingegneri, architetti, giuristi e economisti con comprovata esperienza nel settore degli appalti, delle concessioni e degli investimenti pubblici. I componenti possono essere scelti dalle parti di comune accordo oppure le parti possono concordare che ciascuna di essa nomini uno o due componenti. Questi possono essere individuati anche tra il proprio personale dipendente o tra persone legate alle parti da rapporti di lavoro autonomo o di collaborazione anche continuativa, purché in possesso dei requisiti previsti. Il terzo componente (o il quinto, a seconda dei casi), con funzioni di presidente, deve essere scelto dai componenti nominati dalle parti. In caso di mancato accordo, questi è designato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per le opere nazionali oppure dalle regioni, dalle province autonome di Trento e Bolzano o dalle città metropolitane per le opere di rispettivo interesse.

Ogni componente non può ricoprire più di cinque incarichi contemporaneamente e comunque non può svolgere più di dieci incarichi ogni due anni. In caso di ritardo nell'adozione di tre determinazioni o di un ritardo superiore a sessanta giorni, i componenti del collegio non possono essere nominati in altri collegi per tre anni dalla data di maturazione del ritardo. Il ritardo ingiustificato consente alla stazione appaltante o all'ente concedente di assumere la propria decisione prescindendo dal parere.

I componenti del collegio hanno diritto a un compenso a carico delle parti, proporzionato al valore dell'opera, al numero, alla qualità e alla tempestività delle decisioni assunte.

Il Collegio può adottare pareri o determinazioni.

Il procedimento per l'espressione dei pareri o delle determinazioni del CCT può essere attivato da ciascuna parte o da entrambe congiuntamente con la presentazione di un quesito scritto. Le decisioni del CCT sono adottate, con atto scritto, a maggioranza dei componenti, entro il termine di quindici giorni decorrenti dalla data di comunicazione del quesito.

Il parere del CCT è obbligatorio (ma non vincolante) nelle ipotesi in cui occorre adottare un provvedimento di sospensione dei lavori per la realizzazione di opere di importo

superiore alla soglia europea oppure nei casi di sospensione dell'esecuzione di contratti di servizi e forniture di importo superiore a 1 milione di euro.

Anche nei casi in cui si intende risolvere il contratto, è obbligatorio acquisire il parere del Collegio consultivo tecnico che deve esprimersi sull'esistenza o meno di gravi motivi tecnici ed economici che possano rendere preferibile la prosecuzione con lo stesso soggetto.

**Pareri
obbligatori
e
determina-
zioni**

Quando l'acquisizione del parere non è obbligatoria, le decisioni del CCT assumono la forma di lodo contrattuale ai sensi dell'articolo 808-ter c.p.c. salvo che non sia disposto diversamente. È infatti rimesso alla volontà delle parti attribuire o meno al CCT una funzione meramente consultiva oppure decisoria.

Va sottolineato che la qualificazione di lodo contrattuale comporta conseguenze dirette sull'esecuzione del contratto e sulla sua tutela. Questa qualificazione comporta infatti che il contenuto del contratto venga modificato o integrato attraverso le decisioni di un soggetto terzo, estraneo alla pubblica amministrazione. Inoltre, la natura di lodo contrattuale limita le ipotesi di impugnabilità, in quanto la decisione del Collegio sarà impugnabile soltanto nei casi previsti dall'art. 808-ter del c.p.c. (principalmente per violazione delle regole sul funzionamento del CCT). Si pone quindi il problema di garantire tutela, ad esempio, nelle ipotesi in cui le parti contrattuali ritengano che l'attività di mediazione e conciliazione del CCT non sia stata finalizzata alla scelta della soluzione migliore in termini di celere esecuzione dell'opera a regola d'arte (art. 215, comma 2, secondo periodo).

L'inosservanza sia dei pareri sia delle determinazioni assunte dal CCT è valutata ai fini della responsabilità per danno erariale e costituisce grave inadempimento degli obblighi contrattuali, salvo prova contraria. Al contrario l'osservanza delle decisioni del CCT è causa di esclusione della responsabilità erariale, fatto salvo il caso di dolo.

**Inosservan-
za dei pareri
e delle
determina-
zioni**

Fuori dalle ipotesi in cui la costituzione del CCT è obbligatoria, le parti hanno facoltà di nominare comunque un collegio consultivo per risolvere problemi tecnici o giuridici che possono insorgere anche nella fase precedente l'esecuzione del contratto (per es. controversie relative alla determinazione delle caratteristiche dell'opera o ad altre condizioni del bando o invito nonché circa la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione e dei criteri di selezione e di aggiudicazione).

9.4 Il parere di precontenzioso

L'ultimo strumento deflattivo del contenzioso su cui il Codice apporta rilevanti innovazioni è il parere di precontenzioso dell'ANAC (articolo 220). Esso consiste nella possibilità per la stazione appaltante/ente concedente oppure per l'operatore economico di richiedere un parere all'ANAC su questioni insorte durante lo svolgimento della procedura di gara, al fine di prevenire l'insorgenza di liti giudiziali.

Impugnabilità del parere di pre contenzioso

La nuova normativa si pone nel complesso in linea di continuità con il decreto legislativo n. 50/2016, salvo l'introduzione di alcune modifiche volte a rafforzarne il valore. La prima novità riguarda il regime di impugnativa del parere.

Nel caso in cui sia stato l'operatore economico a richiedere il parere, questi (e non anche la stazione appaltante o l'ente concedente) può impugnarlo esclusivamente per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia. Ne consegue che l'annullamento in sede giudiziale del parere dell'ANAC può essere ottenuto solo per profili sostanziali e non anche procedurali o di forma.

Dissenso

Nel caso in cui la stazione appaltante o l'ente concedente non intendono conformarsi al parere, non è necessaria l'impugnazione, ma è previsto l'obbligo di comunicare, entro quindici giorni, i motivi di dissenso sia alle parti interessate sia all'ANAC. Quest'ultima, se non condivide le ragioni del rifiuto, può proporre ricorso contro tale determinazione.

Il secondo aspetto innovativo attiene all'adozione di misure di semplificazione, per rendere più agevole l'utilizzo di tale rimedio.

A tal fine viene eliminato l'inciso che rendeva vincolante il parere dell'ANAC nei confronti delle parti che avevano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. Questa previsione comportava un'efficacia del parere diversa tra i vari soggetti partecipanti alla procedura: il parere era obbligatorio soltanto nei confronti di quelli che vi aderivano, mentre rimaneva facoltativo per tutti gli altri.

Un'altra abrogazione, adottata con finalità di semplificazione, riguarda la norma che imponeva al giudice, in caso di rigetto del ricorso avverso il parere, di valutare il comportamento della parte ricorrente al fine di verificare la sussistenza della temerarietà della lite. Tale disposizione rappresentava una ripetizione di quanto già previsto dall'articolo 26 del codice del processo amministrativo, in base al quale il giudice, per ogni processo, ha l'obbligo di valutare gli estremi della lite temeraria.

TIMELINE PER L'APPLICAZIONE DEL CODICE	
Pubblicazione in Gazzetta Ufficiale	31 marzo 2023 (GU n. 77/2023)
Efficacia	1° luglio 2023
Applicazione delle disposizioni relative alla digitalizzazione	dal 1° gennaio 2024 – si applicano: ➤ art. 19 - i principi generali: neutralità tecnologica, trasparenza, protezione dei dati personali e sicurezza informatica ➤ art. 20 - principi in materia di trasparenza ➤ art. 21 - ciclo di vita digitale dei contratti pubblici ➤ art. 22 - ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale ➤ art. 23 - Banca dati nazionale dei contratti pubblici ➤ art. 24 - fascicolo virtuale dell'operatore economico ➤ art. 25 - piattaforme di approvvigionamento digitale ➤ art. 26 - regole tecniche ➤ art. 28 - trasparenza dei contratti pubblici ➤ art. 29 - regole applicabili alle comunicazioni ➤ art. 30 - uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici ➤ art. 31 - anagrafe degli operatori economici ➤ art. 35 - accesso agli atti e riservatezza ➤ art. 36 - norme procedurali e processuali in tema di accesso

	➤ art. 37.4 - pubblicazione del programma triennale di lavori e acquisti di beni e servizi ➤ art. 99 - verifica dei requisiti tramite FVOE o accesso alla PDND ➤ art. 106.3 - verifica della garanzia fideiussoria in via telematica ➤ art. 115.5 - controllo tecnico contabile e amministrativo tramite BDNCP ➤ art. 119.5 - verifica il possesso dei requisiti del subappaltatore tramite la BDNCP ➤ art. 224.6 - modifiche art. 95.5 codice crisi d'impresa
Applicazione disposizioni relative alla pubblicità legale	dal 1° gennaio 2024 – si applicano: ➤ art. 27 - pubblicità legale degli atti ➤ art. 81 - avvisi di pre-informazione ➤ art. 83 - contenuto e modalità di redazione di bandi e avvisi ➤ art. 84 - pubblicazione a livello europeo ➤ art. 85 - pubblicazione a livello nazionale
Revisione del Codice	Entro il 1° aprile 2025 – possono essere apportate correzioni e integrazioni

LE DISPOSIZIONI DEL VECCHIO CODICE CHE CONTINUANO AD APPLICARSI	
In tema di pubblicità	Fino al 31 dicembre 2023: ➤ art. 70, 72 e 73 sulla pubblicazione dei documenti di gara; ➤ art. 127, comma 2 e 129, comma 4 sulla pubblicazione degli avvisi degli appalti in programma e degli appalti aggiudicati;
In tema di utilizzo dei mezzi di comunicazione elettronica	fino al 31 dicembre 2023: ➤ art. 21, comma 7, 29, 40, 41, comma 2bis, 44, 52 sulla redazione e trasmissione di atti relativi alla programmazione, aggiudicazione e esecuzione dei contratti; ➤ art. 53, 58, 74, 81 sull'accesso alla documentazione di gara; ➤ art. 85 sulla presentazione del DGUE; ➤ art. 105, comma 7 sulla comunicazione del contratto di subappalto; ➤ art. 111, comma 2bis sul controllo tecnico, contabile e amministrativo dei contratti in fase di esecuzione; ➤ art. 213, commi 8, 9 e 10 sulla gestione da parte di ANAC di BDNCP, Osservatorio dei contratti pubblici e casellario informatico.

Indice dei *focus*

1. Appalti e procedure concorsuali p.41
2. Codice dei contratti pubblici e decreto legislativo n. 231/2001:
un'interazione complessa p.53
3. La centralità del modello organizzativo 231 nel sistema dei contratti
pubblici p.60
4. L'avvalimento e il subappalto necessario p.66
5. L'uso di procedure automatizzate per la selezione dell'offerta: i dubbi
sugli algoritmi *machine learning* p.95
6. Il regolamento europeo sulle sovvenzioni estere nel settore dei contratti
pubblici p.102
7. La sentenza della Corte costituzionale 23 novembre 2021, n. 218
sull'obbligo di dismissione totalitaria p.154