

Rivista mensile - Anno XIII, Numero 5

luglio  
**2023**

# MEDIA APPALTI

---

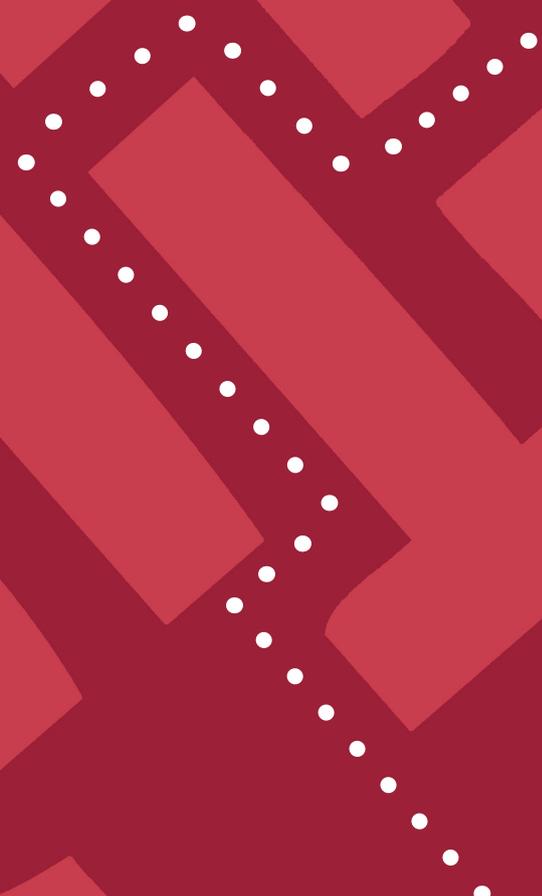
**La digitalizzazione  
nella gestione dei  
contratti pubblici ed il  
sistema nazionale di  
e-procurement**

---

**Il principio di rotazione  
negli affidamenti sotto-  
soglia nel nuovo Codice  
dei Contratti Pubblici**

---

**Le norme transitorie  
contenute nel nuovo  
Codice dei contratti che  
riguardano gli interventi  
del PNRR/PNC**



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

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

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

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

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

Medi  
Graphic



SGQ UNI EN ISO 9001:2015  
Certificato n° 2634



# **approfondimento aggiornamento giurisprudenza informazione consulenza normativa**



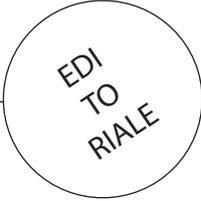
**Uno strumento utile  
per muoversi  
nel complesso  
e delicato  
mondo degli  
appalti pubblici**

**luglio  
2023**

---

# Novità

---



EDI  
TO  
RIALE

Di cosa hai paura? Perché ti agiti? Non riesci a dormire tranquillo. Che cosa ti spaventa? Un nuovo lavoro, anche se lo hai tanto cercato, perché temi che in fondo quello che stai lasciando non era poi tanto male e i colleghi sono stati sempre gentili con te. Un nuovo appartamento, ti piace troppo ma pensi che il vecchio poteva essere più congeniale per la tua famiglia e di lì si vedeva il mare. Una nuova amicizia perché con questa persona senti che ci stai proprio bene e temi di fare o dire qualcosa di sbagliato; in fondo la conosci da una settimana appena. La paura del nuovo. "Fare un nuovo passo, dire una nuova parola, è ciò che la gente teme di più" affermava Fëdor Dostoevskij in *Delitto e Castigo*. La novità spaventa anche se siamo noi stessi a cercarla. Anche se siamo perfettamente consapevoli che si tratta di qualcosa di cui c'è assolutamente bisogno. Che è fisiologica alla vita.

Questa paura è un trabocchetto in cui l'animo umano finisce sempre per cascarci. Perché il nuovo rompe gli schemi, un equilibrio che avevi imparato a dominare. Le novità arrivano non si possono evitare e non se ne potrebbe fare a meno.

Il primo luglio arriva. È inevitabile. Il nuovo Codice degli Appalti entra in vigore. Facciamoci trovare pronti. E invece... E invece nulla. O quasi. Poco. C'era un passaggio, propedeutico, che le stazioni appaltanti avrebbero dovuto fare prima di questa data: qualificarsi. Alle pubbliche amministrazioni si chiede di dotarsi di professionalità competenti nella gestione del ciclo dell'appalto pubblico. Una dotazione fondamentale e necessaria in un sistema che va verso una forte liberalizzazione del settore. Cosa è avvenuto? L'ANAC fa sapere che delle 26mila stazioni appaltanti esistenti su tutto il territorio nazionale, hanno ottenuto la "qualificazione" solo l'irrilevante numero di 1507.

Criteri di qualificazione troppo severi? Non è andata in questo modo. Il "fallimento" deriva dalla esigua quantità di richieste pervenute all'Agenzia guidata da Giuseppe Busia: 2404. La mancata qualificazione non permetterà alle pubbliche amministrazioni di ottenere il CIG necessario per bandire gare per lavori oltre i 500mila euro e per servizi superiori a 140mila euro.

Piuttosto che affrettarsi a mettersi in regola con i canoni richiesti per la qualificazione, molte stazioni appaltanti pare abbiano preferito affrontare la novità facendo scorte del vecchio. Nell'ultimo mese si è registrata un'intensificazione della pubblicazione di gare. Molti sistemi gestionali sono andati in sovraccarico. Una fretta dettata dalla paura di dover gestire le procedure nei ranghi delle dinamiche previste dal nuovo codice.

Quando un individuo si trova in situazioni di pericolo riesce a compiere gesta che rasentano l'impossibile. Il pericolo in questo caso è rappresentato dall'imminenza delle nuove regole. Le gesta straordinarie: la pubblicazione di 70 gare al giorno nelle ultime tre settimane di giugno con punte di 140 negli ultimi quattro giorni dello stesso mese. Lo segnala la Presidente dell'Oice Andrea Mascolini. Una situazione già vissuta con l'approssimarsi dell'entrata in vigore del precedente codice.

L'ignoto spaventa. Lo dicevamo in apertura. Ma quando l'ignoto avrà assunto forme definite, quando sarà diventato realtà nella quale dover operare, sarà necessario che si assumano le necessarie iniziative per una coesistenza pacifica. Nei prossimi mesi ci sarà modo per le stazioni appaltanti per potersi accreditare nella lista dei qualificati. Nei giorni prossimi alla data del primo luglio, Busia ha diffuso una circolare nella quale chiariva che "la presentazione della domanda di qualificazione può avvenire anche successivamente a tale data poiché al momento non sussiste alcuna finestra temporale di presentazione".

Gli addetti ai lavori presumono che non tutte le stazioni appaltanti saranno in grado di qualificarsi. Rientra nelle previsioni ed è auspicabile. Obiettivo ultimo del sistema è sempre quello della riduzione delle centrali di committenza. Un numero limitato ma con tutte le professionalità idonee per poter gestire i lavori pubblici in maniera impeccabile. In grado di offrire alle altre pubbliche amministrazioni le proprie competenze. Perché il meccanismo ingrani e lo faccia in maniera corretta è necessario che la qualificazione sia reale, che le pubbliche amministrazioni siano in grado di parlare il linguaggio degli operatori economici, che in entrambe le dimensioni si utilizzano gli stessi strumenti di lavoro. Un esempio concreto è quello proposto dal Presidente Ance Federica Brancaccio sul quotidiano di Confindustria: "se un'impresa progetta in Bim e la stazione appaltante non lo sa leggere, quella competenza andrà dispersa".

Stringere il numero delle centrali di committenza va bene ma con i dati che si registrano al primo luglio, la situazione non è migliorativa. Di certo l'invito di Busia non cadrà nel vuoto. Nei prossimi tempi altri enti entreranno nella lista dei qualificati. 13mila è la quota preventivata e richiesta dalla Commissione Europea come ricorda Busia. Se non fosse così, lo scenario sarebbe quello immaginato da Brancaccio con poche centrali di committenza sopraffatte da un numero eccessivo di richieste da gestire.

Il nuovo codice è in vigore. Qualcuno (pochi) si sono adeguati alle scadenze, molti sono fermi ai blocchi. Altri strizzano gli occhi per scacciare i nerini del buio: quei puntini neri che attraversano la vista quando spalanchi una finestra e lasci che il sole faccia irruzione. E trascorrono istanti in cui non ci vedi chiaro. Il primo luglio è stata spalancata questa finestra. È necessario che la vista si abitui in tempi brevi e cominci a vedere con chiarezza cosa c'è dentro la stanza.

**di Enzo De Gennaro**

## sommario

### Editoriale

Novità

4

### In evidenza

La digitalizzazione nella gestione dei contratti pubblici ed il sistema nazionale di e-procurement

7

### Sotto la lente

Alla CGUE la questione della riduzione della originaria compagine del RTI all'atto dell'estensione della validità temporale della offerta nel vigore della disciplina di cui al d.lgs. n. 163/2006.

13

### Il Punto

I presupposti dell'affidamento "in house"

19

Il principio di rotazione negli affidamenti sotto-soglia nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

26

Le norme transitorie contenute nel nuovo Codice dei contratti che riguardano gli interventi del PNRR/PNC

33

Adempimenti di rendicontazione del ciclo vita degli appalti secondo le previsioni del d.lgs. 36/2023, primi interventi dell'ANAC e delibere applicative

38

### Pareri & Sentenze

43

### A Domanda Rispondiamo

48

### In pillole

52

### Osservatorio sulla Corte dei Conti

#### Hanno collaborato a questo numero:

**Direttore Responsabile**  
dott. Enzo de Gennaro

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

**Responsabile Web**  
Lorenzo Antonicelli

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

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

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

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

**Avv. Ilenia Paziani**  
Esperta in materia di appalti pubblici

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

**Avv. Giuseppe Croce**  
Esperto in appalti pubblici

# La digitalizzazione nella gestione dei contratti pubblici ed il sistema nazionale di e-procurement

di Stefano de Marinis

IN  
EVIDENZA

## Premessa

Il tema della digitalizzazione dei processi che mettono in relazione il cittadino con la Pubblica Amministrazione, oltre alle stesse pubbliche amministrazioni tra loro, è centrale per lo sviluppo del Paese così come per capire quali linee evolutive il contesto socio economico occidentale, di cui l'Italia è parte, dovrà percorrere per non divenire marginale nello scenario mondiale.

Non a caso, il programma **Next Generation EU**, che a livello nazionale si legge PNRR, persegue "obiettivi" ed include "riforme", finanziate unitamente agli investimenti, che pongono al

primo posto la modernizzazione digitale (Missione n.1) tra gli individuati 6 obiettivi di sviluppo, indicando la creazione di un sistema nazionale di *e-procurement* della pubblica amministrazione tra le **riforme** orizzontali (M1C1-70) da attuarsi entro 31 dicembre 2023.

Oltre a giustizia, fisco, erogazione dei servizi pubblici ecc. l'approccio comunitario include, quindi, anche la gestione della spesa pubblica, ovvero di quel complesso di contratti riguardanti lavori, forniture e servizi che, secondo dati ANAC<sup>1</sup>, nel 2022 ha sfiorato il complessivo valore di 290 miliardi di euro (in crescita di oltre il 39% rispetto al 2021, e di oltre il 56% sul 2020), al netto degli affidamenti d'importo inferiore ai 40.000 euro.

1. Relazione annuale svolta l'8 giugno 2023 presso la Camera dei Deputati - Sala della Regina.

### 1. La digitalizzazione per la gestione dei contratti pubblici

Nel campo della contrattualistica pubblica il tema della digitalizzazione peraltro si pone fin dai primi anni 2000 - il Codice dell'amministrazione digitale, cosiddetto CAD, è del 2005<sup>2</sup> ancorché solo dal 2018 abbia assunto carattere stringente sul piano operativo con l'imposizione dell'utilizzo generalizzato delle gare telematiche; il d.lgs. 31 marzo 2023, n.36 - il *nuovo codice* - sembra esser giunto alla tappa finale della lunga marcia di avvicinamento al definitivo decollo di un sistema nazionale di *e-procurement*, interpretando correttamente ciò che realmente questo significa: non tanto e non solo utilizzare piattaforme più o meno performanti per svolgere le gare, aspetto comunque relativamente innovativo ma a questo punto parziale e quasi "antico" in valore assoluto, bensì **monitorare e gestire in forma globale l'intero ciclo degli investimenti**, incluso quanto relativo ai soggetti che lo realizzano, ad iniziare dalla programmazione per estendersi ben oltre la fase esecutiva, coprendo anche la conduzione operativa dei beni realizzati, con le connesse attività manutentive.

Significativo, in tal senso, è quanto si legge nel comma 1 dell'articolo 19 del nuovo codice, dove è detto che le Stazioni Appaltanti *assicurano la digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti*; ancora il successivo articolo 21, al comma 1, espressamente riconduce al concetto di **ciclo di vita digitale dei contratti pubblici** tutte le fasi del processo realizzativo, dalla programmazione alla progettazione, dall'affidamento all'esecuzione, aggiungendovi, rispetto alle più tradizionali letture, anche quella della pubblicazione delle procedure di gara.

Alla digitalizzazione dell'intero **ciclo di vita dei contratti pubblici**, nell'ottica ulteriormente qualificante dell'interoperabilità delle relative

### Il ciclo di vita digitale dei contratti pubblici



informazioni, fanno altresì riferimento tanto il comma 4 dell'articolo 23, dedicato al funzionamento della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, che il 30, sull'uso delle procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici, dove si dispone che per migliorare la loro efficienza *le stazioni appaltanti e gli enti concedenti provvedono, ove possibile, ad automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti, nel rispetto delle specifiche disposizioni in materia.*

### 2. Il rinvio del sistema nazionale di e-procurement al 1° gennaio 2024

In quest'ottica ha senso, né può considerarsi sminuente rispetto all'importanza ed all'attualità del tema, il rinvio al 1° gennaio dell'operatività (*rectius*: dell'efficacia) di tutta la parte del nuovo codice riferita alla digitalizzazione, disposta dal comma 1 dell'articolo 226 del d.lgs. n.36/2023.

Data la rilevanza del passo da compiersi e della costruzione di un sistema che necessita di infrastrutture digitali adeguate e di nuovi standard tecnici, della messa a punto di programmi e sistemi che richiedono specifiche competenze ed opportune *due diligence* anche sul piano legale, della presenza all'interno delle amministrazioni di personale appositamente formato con la revisione degli organigrammi oltre - non da ultimo - di non interferire con la fase cruciale dell'attuazione del PNRR, che nell'anno dovrebbe portare a termine tutti gli affidamenti, la scelta del differimento di efficacia al 1° gennaio 2024 è da considerarsi senz'altro con favore.

Il rinvio riguarda *in primis* tutto il pacchetto degli articoli direttamente legati alla *digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti*, che va dal 19 al 31, ciò che peraltro si porta dietro l'intera serie di profili

2. D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82, recante Codice dell'amministrazione digitale, in G.U. 16 maggio 2005, n. 112, S.O.

Inoltre, l'allegato X della Direttiva 2004/18/CE, del 31 marzo 2004, relativa alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi stabiliva che i dispositivi di ricezione elettronica delle offerte, delle domande di partecipazione e dei piani e devono garantire, mediante procedure e mezzi tecnici appropriati, almeno che ... le firme elettroniche relative alle offerte, alle domande di partecipazione e all'invio di piani e progetti siano conformi alle disposizioni nazionali adottate in applicazione della direttiva 1999/93/CE

connessi, quali quelli riferiti alla pubblicità delle gare, alla trasmissione di dati e comunicazioni, alla verifica della qualificazione degli operatori economici, che è un "di cui" affatto secondario dell'intero sistema di digitalizzazione basato sulla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici dell'ANAC, della trattazione digitale del controllo tecnico, amministrativo e contabile dei contratti anche in fase di esecuzione nonché del nuovo regime di gestione delle garanzie.

In questo senso l'elencazione prevista del primo comma dell'articolo 226 include gli articoli .... disponendo, per tutti tali aspetti, la continuità applicativa di quanto già al riguardo previsto dal d.lgs. 50/2016.

Opzioni diverse avrebbero determinato l'ennesima falsa partenza di un progetto che non solo è strategico ma che di tutto ha bisogno fuorché di pretesti per alimentare ulteriori rinvii, i cui effetti sarebbero solo quelli di azzoppare, forse in via definitiva, i processi di crescita e di sviluppo del Paese.

Posta, quindi, la condivisibilità del rinvio, che peraltro impone di svolgere fin da ora un'adeguata attività preparatoria, proviamo in questo senso a descrivere cosa questa grande opera di modernizzazione del settore di fatto porterà.

Al riguardo occorre muovere dal sistema nazionale di *e-procurement* voluto dal legislatore.

Tutto si basa sul potenziamento della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (BDNCP) già prevista dall'art. 213 del d.lgs. n. 50/2016 e dall'articolo 62 bis del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (il CAD), per assicurare efficacia, trasparenza e controllo in tempo reale dell'azione amministrativa nell'allocazione della spesa pubblica relativamente a lavori, servizi e forniture, anche al fine del rispetto della legalità e del corretto agire della pubblica amministrazione prevenendo fenomeni corruttivi<sup>3</sup>.

### Insieme alla digitalizzazione efficaci dal 1° gennaio 2024 anche una serie di nuove regole su argomenti connessi



### La Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici ed il sistema nazionale di e-procurement



Trattasi di un'opzione, come già detto, da tempo sul tavolo, che scommette sulla digitalizzazione interoperativa dell'intero contesto comunicativo ed informativo, in grado di giungere finalmente a compimento; ciò anche, grazie all'innovazione tecnologica ed alle più avanzate frontiere aperte dagli strumenti oggi a disposizione degli operatori, siano essi imprese o amministrazioni.

In tal senso valgano i riferimenti che l'articolo 30 del nuovo codice compie all'uso degli algoritmi nelle decisioni assunte mediante automazione (comma 3) - la cosiddetta **decisione algoritmica** - e quelli che si leggono all'articolo 106, oltretutto nello stesso 30, ai **registri distribuiti**, altrimenti detti blockchain, per assicurare monitoraggio, pronta reperibilità e soprattutto veridicità delle polizze a garanzia prodotte in gara dagli operatori economici.

Ma al di là di tali riferimenti, il punto focale consiste nell'interoperabilità, ovvero nel fatto che le stazioni appaltanti tratteranno l'intero ciclo realizzativo di un contratto

pubblico mediante utilizzo di strumenti digitali in grado di raccogliere gli elementi rilevanti trasferendoli direttamente alla Banca Dati dell'ANAC che, in tempo reale, metterà tutto a sistema per restituire alle stesse stazioni appaltanti o a terzi le relative informazioni, peraltro rapportandole ai livelli di conoscenza ed accessibilità stabili per ciascun utente.

Chiarisce sul punto la relazione del Consiglio di Stato che accompagna il nuovo codice<sup>4</sup>, come le disposizioni in questione, *in linea con il PNRR e con le indicazioni rivenienti dalla legge delega, mirano all'obiettivo di fondo di digitalizzare l'intera procedura dei contratti pubblici, fondandola sulla acquisizione di dati e sulla creazione di documenti nativi digitali, da realizzarsi tramite piattaforme digitali in modo da rendere possibile la interazione con le banche dati*

3. Relazione del Consiglio di Stato sullo Schema definitivo del nuovo codice dei contratti – Roma 7 dicembre 2022, pag. 44.

4. Testo 7 dicembre 2022, pag.39

*esistenti e consentendo, contemporaneamente, un arricchimento delle stesse con i nuovi dati prodotti dalle singole procedure.*

In quest'ottica gli operatori economici forniranno tutte le informazioni di volta in volta richieste, a cominciare da quanto necessario per la compilazione del DGUE (Documento di Gara Unico Europeo) attraverso file nativi ed aperti che, in quanto formati direttamente sulla piattaforma della singola stazione appaltante potranno essere acquisiti in tempo reale dalla Banca Dati Nazionale che immediatamente avrà modo di memorizzarli e metterli a disposizione di tutti i soggetti abilitati a prenderne visione. Ciò evitando che le stazioni appaltanti li richiedano agli interessati ogniqualvolta servano, che questi debbano corrispondentemente produrli e l'Anac riceverli per caricarli (solo) successivamente a sistema, in molti casi "a mano", per popolare in modo insoddisfacente, come fin qui accaduto, la già esistente Banca Dati<sup>5</sup>

Centrale per l'alimentazione della banca dati diventa la Piattaforma degli appalti pubblici che è una sezione della Banca dati Nazionale dei contratti pubblici che interopera con le piattaforme digitali di e-procurement utilizzate dalle stazioni appaltanti per la digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici. In tal senso l'articolo 222, comma 9 del nuovo codice conferma le sanzioni, di natura economica, ancorché graduandole anche nell'applicazione temporale, per quanti omettono di trasmettere dati o trasmettono informazioni non veritiere ad ANAC.

Trattasi, in questo modo, dell'attuazione dei principi di civiltà comunitaria definiti **once only** o dell'*unicità di invio*, destinati a semplificare notevolmente le attività di monitoraggio e di controllo.

### I principi once only e l'unicità dell'invio



Terzo polo del sistema descritto, accanto ad amministrazioni ed operatori economici, è costituito da quelle che il dpr 445/2000 definisce Amministrazioni Certificanti (art.1, lett.p), ovvero quelle amministrazioni pubbliche che dovranno rendere disponibili alla Banca dati Anac tutti gli elementi in loro possesso, onde consentire di utilizzare anche quelle informazioni.

In questo modo qualunque stazione appaltante potrà, ad esempio, verificare in tempo reale, tramite accesso alla BDNCP, le dichiarazioni rese dai concorrenti, anche relativamente a quei dati che ad oggi non hanno facile, né certo, riscontro; si pensi alla nuova figura dell'**amministratore di fatto**, introdotta dall'articolo 94 del codice, informazione che sarà possibile verificare grazie alla messa a sistema dell'intero patrimonio informativo, nella specie riferito alle dichiarazioni da rendersi in gara dal singolo operatore economico mediante corretta compilazione del DGUE e dagli ulteriori elementi rivenienti dalle altre banche dati in grado di ricostruire l'intera storia dell'operatore stesso.

In sintesi, si tratta di dar vita, tramite questa forma di interscambi tra piattaforme in uso alle singole stazioni appaltanti, Anac e le altre amministrazioni che gestiscono banche dati, **all'Ecosistema nazionale di e-procurement**, di cui all'articolo 22 del codice, ovvero all'insieme delle piattaforme e dei servizi digitali che interessano l'intero ciclo dei contratti pubblici, individuando le attività che saranno realizzate digitalmente attraverso le piattaforme (redazione di documenti nativamente digitali, accesso elettronico alla documentazione, presentazione delle offerte) e che impone l'interoperabilità con le banche dati che contengono i dati utili per le procedure di gara e con il fascicolo virtuale dell'OE, per le verifiche dei requisiti per la partecipazione. Con le piattaforme

### La verifica "on line" delle dichiarazioni rese dai concorrenti



5. In questo senso non va sottovalutato che la BDNCP non nasce da zero; già oggi infatti opera e dispone di un patrimonio informativo che consente l'analisi e lo sfruttamento di una serie di dati da ultimo anche mediante l'uso di algoritmi; in tal senso è l'elaborazione dei dati volti a definire lo "sconto di riferimento" nel nuovo metodo di determinazione della soglia di esclusione automatica delle offerte anomale, indicato sub C nell'all.II.2.

Le sezioni in cui articola la BDNCP sono l'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti, compreso l'elenco dei soggetti aggregatori, il Casellario informatico, l'Anagrafe degli operatori economici, la Piattaforma nazionale degli appalti e il fascicolo virtuale dell'operatore economico.

si prevede anche la realizzazione del controllo tecnico, contabile e amministrativo dei contratti in fase di esecuzione e la gestione delle garanzie presentate<sup>6</sup>.

Altresì nell'ottica individuata, il comma 7 dell'articolo 222 prevede che l'ANAC collabori con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) per la rilevazione di comportamenti aziendali meritevoli di valutazione al fine dell'attribuzione del **rating di legalità** delle imprese, di cui alla vigente disciplina extra codicistica<sup>7</sup>, che concorre alla determinazione della **Reputazione dell'impresa** espressamente normata nel nuovo codice all'articolo 109.

Si dispone al riguardo che presso l'ANAC, che ne cura la gestione, sia istituito *un sistema digitale di monitoraggio delle prestazioni, quale elemento del fascicolo virtuale degli operatori (FVOE) ... fondato su requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi, che esprimono l'affidabilità dell'impresa in fase esecutiva, il rispetto della legalità, e l'impegno sul piano sociale degli obiettivi di sostenibilità e responsabilità sociale.*

In tal senso è noto che il FVOE è parte integrante della Banca Dati.

Ancora, va detto che la portata informativa della BDNCNP si estende ancora oltre, andando a coprire tanto la fase programmatica e progettuale quanto quella riguardante l'esecuzione.

Si pensi alla gestione informatica ed alla conseguente possibilità di mettere a sistema tutti i dati riguardanti lo svolgimento della fase esecutiva dei contratti tramite le contabilità che registrano automaticamente modifiche, ritardi, sospensioni ecc. così come la gestione di quella progettuale in uno con l'utilizzo della metodologia *Building*

*Information Modelling (BIM)* che, obbligatoria dal 1° gennaio 2025 per tutti gli appalti di lavori di importo superiore al milione di euro, non riguarda come alcuni erroneamente ritengono la sola fase progettuale ma anche quella esecutiva e la successiva vita operativa dei beni, comprensiva della manutenzione. La riferibilità del BIM anche alla fase esecutiva risulta peraltro puntualmente chiarita nell'allegato I.9, alle lettere da i) ad r) dell'articolo 1, punto 12.

### Rating di legalità e reputazione dell'impresa finalmente efficaci con la Banca Dati Nazionale dei contratti pubblici

Appare dunque di tutta evidenza l'importanza che riveste il sistema nazionale di e-procurement al cui vertice è stata posta la Banca Dati, quindi l'ANAC. Tale sistema rappresenta il vero *trade off* che nella stesura del nuovo codice il Consiglio di Stato ha posto alla base della scelta, quanto mai opportuna, di sbloccare un sistema ormai avvistato su se stesso, percorso da un'impostazione che sempre più ha portato a scelte operative identificate con il termine *amministrazione difensiva*, ovvero *paura della firma*, restituendo ambiti di discrezionalità alla Pubblica Amministrazione, discrezionalità che per regola generale dovrebbe esserle propria, e che il nuovo codice stabilisce espressamente debba essere esercitata in base al principio del risultato e per *l'individuazione della regola del caso* concreto. Così prevede l'articolo 1, comma 3, del d.lgs. 36/23.

Il vero *trade off* tra ripristino della discrezionalità e garanzie di legalità dell'azione amministrativa è anche nella tracciabilità dei comportamenti di tutti gli operatori interessati.

*Si legge infatti nella relazione del Consiglio di Stato che la digitalizzazione costituisce anche una efficace misura di prevenzione della corruzione in quanto consente trasparenza, tracciabilità, partecipazione, controllo di tutte le attività, in modo da assicurare il rispetto della legalità<sup>8</sup>.*

6. Relazione cit. pag. 43

7. Articolo 5-ter del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27.

8. Così Relazione, pag. 38

In questo senso non può non citarsi l'innovazione di rilievo assoluto recata dal comma 2 dell'articolo 36 del d.lgs. 36/23 secondo la quale *agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria sono (dal 1° gennaio 2024) resi reciprocamente disponibili attraverso la stessa piattaforma, gli atti di cui al comma 1 (cioè i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione), nonché le offerte dagli stessi presentate.*

### **3. I provvedimenti attuativi adottati in vista del 1° gennaio 2024**

In questo quadro da qui alla fine dell'anno non sembra esserci tempo da perdere per le stazioni appaltanti, specie quelle che intendano continuare ad operare come tali, nel senso che l'assunzione di professionalità adeguate ed il relativo addestramento appare al momento come una priorità ineludibile così come la riorganizzazione delle piante organiche delle amministrazioni che l'articolo 15 del codice, al comma 4, espressamente evoca. Ciò anche alla luce delle ulteriori disposizioni del nuovo codice. Prevede, infatti, l'allegato I.9, riguardante la già evocata tematica del BIM, che le stazioni appaltanti debbano nominare un "gestore dell'ambiente di condivisione dei dati" ed almeno un "gestore dei processi digitali supportati da modelli informativi", e, per ogni intervento, un "coordinatore dei flussi informativi" *all'interno della struttura di supporto al responsabile unico di cui all'articolo 15 del codice.*

Dal canto proprio, ANAC ha provveduto ad emanare una serie di (12) delibere attuative di disposizioni del codice che li prescrivono, tutti datati 20 giugno 2023 e resi noti tramite comunicato in gazzetta ufficiale del 30 giugno, tra le quali ben quattro

**Nelle gare,  
conoscibilità  
reciproca tramite,  
le piattaforme,  
delle offerte e  
dei relativi esiti  
valutativi per i  
primi 5 classificati**



(nn. 261-264), in vigore dal 1° luglio 2023, ma efficaci dal 1° gennaio 2024, riguardano i temi che qui rilevano: in specie il provvedimento di cui all'articolo **23, comma 5**, del codice relativo alle informazioni che le stazioni appaltanti devono trasmettere alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici attraverso le piattaforme telematiche ed ai tempi entro i quali i titolari delle piattaforme e delle banche dati garantiscono l'integrazione con i servizi abilitanti l'ecosistema di approvvigionamento digitale (del.261); quello previsto dall'articolo 24, comma 4, relativo al Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico **FVOE** (del.262); le modalità di attuazione della **Pubblicità Legale degli atti tramite la Banca dati nazionale dei contratti pubblici** ai sensi dell'articolo 27 (del.263); l'individuazione delle informazioni e dei dati relativi alla programmazione di lavori, servizi e forniture, nonché alle procedure del ciclo di vita dei contratti pubblici che rilevano ai fini dell'assolvimento degli obblighi di pubblicazione di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 28 (del.264).

Con lo stesso obiettivo AgID, d'intesa con ANAC, ha adottato la determinazione n. 137, dello scorso 1° giugno, avente ad oggetto *"Requisiti tecnici e modalità di certificazione delle Piattaforme di approvvigionamento digitale", ai sensi dell'art. 26 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 recante Codice dei contratti pubblici"* dove peraltro trovano conferma tutte le letture qui date in ordine a senso e portata del sistema nazionale di e-procurement.

### **4. Conclusioni**

Chi ha tempo, quindi, non aspetti tempo: il 1° gennaio 2024 è più vicino di quanto sembri.

# Alla CGUE la questione della riduzione della originaria compagine del RTI all'atto dell'estensione della validità temporale della offerta nel vigore della disciplina di cui al d.lgs. n. 163/2006.

di Adriana Presti

SOTTO  
LA  
LENTE

## Premessa

Con l'Ordinanza del 16 giugno 2023 n. 5949, la V Sezione del Consiglio di Stato ha, per quel che qui rileva, chiesto alla Corte di giustizia dell'UE di pronunciarsi sulla seguente questione pregiudiziale: «se la direttiva 2004/18/CE, gli artt. 16 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, i principi di proporzionalità, concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli articoli gli artt. 49, 50, 54 e 56 del TFUE, ostino a norme interne (artt. 11 comma 6, 37 commi 8,9,10,18 e 19, 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 163 del 2006) che escludono, in caso di scadenza del termine di validità dell'offerta originariamente presentata da un Raggruppamento temporaneo di imprese costituendo, la possibilità di ridurre, all'atto dell'estensione della validità temporale della medesima offerta, la originaria compagine del raggruppamento; in particolare, se tali disposizioni nazionali siano compatibili con i principi generali del diritto dell'Unione europea di libera iniziativa economica ed effetto utile, nonché con l'articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea».

Per meglio comprendere il contesto giuridico alla base della questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato, occorre ripercorrere le origini della controversia ed il particolare contesto fattuale della stessa.

## 1. L'origine della controversia

Con bando pubblicato in GURI nel 2015, veniva indetta una gara a procedura aperta, ai sensi del D. Lgs. n. 163/2006 e s.m.i., per l'affidamento della fornitura del Servizio Luce e dei servizi connessi ed opzionali, suddivisa in 12 Lotti geografici.

Nel termine di presentazione delle offerte risalente al 2016, un RTI, allora composto dalla Capogruppo mandataria e da tre imprese mandanti, presentava offerta in relazione a 4 dei 12 lotti geografici in palio.

Nel frattempo, la procedura di gara, pur dovendo concludersi nel 2017, veniva fatta oggetto di svariate proroghe. Il che aveva di conseguenza comportato la necessità di reiterate conferme delle offerte nel tempo scadute e l'estensione delle relative garanzie provvisorie.

In occasione della settima richiesta di conferma delle offerte, tutti i componenti dell'originario raggruppamento temporaneo di imprese concorrente, rappresentavano alla Stazione appaltante l'intenzione da parte della sola Capogruppo mandataria e di una delle tre mandanti di confermare le originarie offerte e la contestuale indisponibilità delle restanti due originarie mandanti di confermare le medesime offerte, stante la imprevista e imprevedibile

durata pluriennale delle operazioni propedeutiche all'affidamento della gara in oggetto, l'incertezza sui tempi ancora necessari alla conclusione della gara, l'insostenibilità per le medesime società dal punto di vista imprenditoriale e sotto il profilo della corretta e prudente gestione aziendale, anche in considerazione delle operazioni in atto sulla loro organizzazione aziendale.

La Stazione appaltante accettava le appendici delle cauzioni provvisorie prodotte dal (ridotto) RTI, senza sollevare obiezione alcuna in ordine alla nuova configurazione dell'RTI concorrente ed alla conferma dell'offerta da parte di quest'ultimo nella configurazione soggettiva residua.

Solo a seguito, di una ulteriore richiesta di estensione di validità delle offerte, la Stazione appaltante, dopo aver avviato un "procedimento ai sensi della legge n. 241/90 al fine di valutare il possesso del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) del D. Lgs. n. 163/2006 e la legittimità del recesso delle mandanti", sul presupposto che, in occasione della mancata conferma delle offerte fosse stato da loro posto in essere un "recesso" abusivo dall'RTI, escludeva il Raggruppamento ed escludeva automaticamente le polizze provvisorie prestate per i lotti oggetto di offerta.

Avverso tale provvedimento di esclusione ed avverso il successivo provvedimento di incameramento delle polizze, insorgevano alcuni componenti del RTI. Con la sentenza n. 4487/2021 il TAR Lazio rigettava il ricorso, ritenendo che non sussistessero gli estremi per sollevare questione di legittimità costituzionale o di compatibilità euro-unitaria degli articoli 11 e 37 del d.lgs. 163/2006, non ravvisando alcuna antinomia tra la disciplina nazionale e quella contenuta nella direttiva 2004/18, *ratione temporis* vigente, la quale non prevedeva l'obbligo per il legislatore di introdurre, nella situazione innanzi descritta, la possibilità di ridurre la originaria compagine del raggruppamento.

Il fulcro motivazionale della decisione di primo grado, che si era pronunciata in parte qua sul rigetto del ricorso, stava nell'impossibilità di conferma parziale, ovvero da parte di solo alcuni componenti del RTI, dell'offerta presentata, all'atto della scadenza del termine di vincolatività, e nell'inammissibilità dell'esercizio del diritto del recesso da un RTI nel vigore della disciplina del D.lgs. 163/2006 (applicabile *ratione temporis* alla procedura di cui è causa), se non nei ristretti

limiti ammessi dalla giurisprudenza, ed in ogni caso nel carattere elusivo del recesso esercitato nella gara de qua, in quanto volto ad evitare un provvedimento di esclusione.

Il provvedimento di esclusione, come evidenziato nella sentenza di prime cure, era idoneo a fondarsi sull'autonoma ragione d'illegittimità del recesso esercitato dalle originarie mandanti attuato tramite la non conferma dell'offerta, con relativa modifica in riduzione del RTI, in quanto violativo degli artt. 11, comma 6 e 37, comma 9, d.lgs. 163/2006, essendo in tesi possibile il recesso unicamente del "concorrente" – e dunque del RTI nel suo complesso – "e non delle singole società che lo compongono".

Nella specie non ricorreva – secondo il primo giudice – neanche l'ipotesi del recesso c.d. in riduzione ammessa dalla giurisprudenza, in quanto il recesso era stato ritenuto elusivo della verifica sull'affidabilità del concorrente originario mandatario, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006.

Avverso tale decisione veniva proposto appello dinanzi al Consiglio di Stato.

## 2. La normativa applicabile e l'interpretazione giurisprudenziale

Nella controversia *de qua* assume portata dirimente il combinato disposto degli artt. 11 comma 6, 37 commi 8, 9, 10, 18 e 19 e 38 comma 1 lett. f) del D.lgs. 163/2006.

Non pare inutile rammentare, quindi, che:

- l'art. 11, comma 6, dispone(va) che: "Ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta. L'offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. La stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento di detto termine";

- l'art 37, ai commi 8, 9, 10, 18 e 19, a sua volta, prevede(va) che: "8. È consentita la presentazione di offerte da parte dei soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettere d) ed e), anche se non ancora costituiti. In tal caso l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei o i consorzi ordinari di concorrenti e contenere

l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificata come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti.

9. È vietata l'associazione in partecipazione. Salvo quanto disposto ai commi 18 e 19, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta.

10. L'inosservanza dei divieti di cui al precedente comma comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto, nonché l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, concomitanti o successivi alle procedure di affidamento relative al medesimo appalto. [...].

18. In caso di fallimento del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante può recedere dall'appalto.

19. In caso di fallimento di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire".

- Infine, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f): "1. sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: [...] f) che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con

qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante".

Fatta tale doverosa premessa della cornice normativa della controversia, il Consiglio di Stato ha ritenuto che, avuto riguardo all'interpretazione di tali norme come operata dalla giurisprudenza, il provvedimento di esclusione si profilava come **atto dovuto** in primo luogo **in quanto violativo del divieto di modifica del raggruppamento temporaneo**: infatti il diritto potestativo di sciogliersi dall'offerta presentata in gara, una volta che la stessa sia giunta a scadenza, può essere esercitato dal costituendo RTI nella sua interezza, avendo riguardo al combinato disposto dell'art. 11 comma 6 e dell'art. 37, commi 8 e 9 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Al principio di immodificabilità del RTI fanno eccezione le sole ipotesi contemplate dai successivi commi 18 e 19 del medesimo art. 37. La violazione di tale divieto è sanzionata con l'esclusione degli operatori riuniti in raggruppamento, ai sensi del comma 10 del medesimo disposto normativo.

Il RTI partecipa infatti alla gara in qualità di parte plurisoggettiva composta da "tutti gli operatori economici" che lo costituiranno. La sottoscrizione dell'offerta da parte dei singoli operatori del raggruppamento consente, da un lato, di imputare la proposta contrattuale che è stata formulata a tutti i partecipanti del futuro raggruppamento e, dall'altro lato, in caso di aggiudicazione, di vincolare i singoli operatori, ognuno secondo il diverso regime di responsabilità solidale previsto per la tipologia di raggruppamento prescelto (verticale o orizzontale), nei confronti della stazione appaltante.

Avuto riguardo al combinato disposto di tali norme non sarebbe stato pertanto possibile la conferma dell'offerta, all'atto della scadenza della sua vincolatività, da parte di soli due componenti (rispetto ai quattro originari) del RTI, avendo da un lato riguardo alla *ratio* dell'art. 11 comma 6 del Codice e dall'altro al principio di immodificabilità soggettiva del RTI in corso di gara, evincibile dal disposto dell'art. 37 comma 9 del Codice.

Ed invero la *ratio* posta a presidio del disposto dell'art. 11 comma 6 "è evidentemente quella di mantenere ferma l'offerta per tutto il periodo di presumibile durata della gara e non quella di limitare nel tempo la validità (o meglio l'efficacia) dell'offerta, non corrispondendo certamente tale

limitazione ad un interesse dell'amministrazione" (cfr., Consiglio di Stato, Sez. III, 25 febbraio 2013, n. 1169).

Tale ricostruzione è del tutto coerente con la giurisprudenza amministrativa, che ha chiarito che l'art. 11 comma 6 D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 - a norma del quale nelle gare d'appalto l'offerta del concorrente è vincolante per il periodo indicato nel bando e, in caso di mancata indicazione per 180 giorni decorrenti dalla scadenza del termine per la sua presentazione, salvo che la Stazione appaltante chieda ai concorrenti il differimento di tale termine - è posto a protezione e tutela dell'offerente, il quale, decorso il termine, può ritenersi sciolto dall'offerta presentata; pertanto, la sussistenza del "vincolo" non significa che l'offerta decade ex lege decorso il termine, ma solo che l'offerente può svincolarsi da essa e se non dichiara di ritenersi sciolto, l'offerta non decade, con la conseguenza che la circostanza che allo scadere dei predetti 180 giorni il concorrente non abbia dichiarato di voler mantenere l'offerta non comporta la decadenza dell'offerta medesima (*ex multis* Cons. Stato Sez. V, Sent., 13/09/2016, n. 3866; CGA, 27 novembre 2012, n. 1045; Cons. St., Sez. VI 24 giugno 2010 n. 4019; Id., 24 novembre 2010 n. 8224).

Avendo riguardo a tale *ratio*, una volta che sia venuto a scadenza il termine di vincolatività dell'offerta, **non si tratta di confermare un'offerta non più efficace**, ma di liberarsi da un vincolo che, pertanto, in mancanza di contraria volontà espressa da tutti i soggetti componenti la parte plurisoggettiva, deve intendersi ancora sussistente. Inoltre, **il principio di immutabilità soggettiva del RTI, è applicabile anche alle ipotesi in cui quest'ultimo non sia ancora formalmente costituito**.

A tale proposito, infatti, la giurisprudenza ha ritenuto che "l'art. 37, comma 8, del D.Lgs. n. 163 del 2006 impone ai soggetti di cui all'art. 34, comma 1, lett. d) ed e), l'impegno, in sede di offerta, a rilasciare un mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una componente del raggruppamento per il caso di aggiudicazione" (cfr. Cons. Stato Sez. V, Sent., 10 novembre 2010, n. 7996). La formulazione di tale impegno è una componente indefettibile dell'offerta richiesta da una norma primaria puntuale che non necessita della mediazione data dalla *lex specialis*. Va rammentato che l'impegno a conferire il mandato collettivo speciale con rappresentanza e, quindi, a costituire il raggruppamento, ha natura negoziale,

ed è elemento essenziale della "espressione della volontà contrattuale" del concorrente in sede di gara.

Segnatamente, se la sottoscrizione congiunta dell'offerta risponde all'esigenza di assicurare la contitolarità del rapporto contrattuale tra le imprese concorrenti, l'esigenza che, nell'ipotesi di imprese associate, queste si presentino unitariamente nei confronti della controparte pubblica, resterebbe insoddisfatta in difetto dell'impegno, da assumere contestualmente all'offerta, a rilasciare un mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse per il caso di aggiudicazione (così Consiglio Stato, sez. V, 19 giugno 2003, n. 3657).

In definitiva, detto impegno mira a garantire alla stazione appaltante la serietà della partecipazione alla procedura di raggruppamenti formalmente non ancora costituiti, in guida da garantire la stazione appaltante in ordine all'effettiva costituzione del soggetto collettivo chiamato alla stipulazione del contratto a seguito dell'aggiudicazione. Il soddisfacimento di tale interesse richiede, in definitiva, l'assunzione di un impegno formale giuridicamente vincolante nei termini richiesti dalla normativa primaria - ossia un contratto preliminare di mandato condizionato all'aggiudicazione - come tale non sostituibile con dichiarazioni di altro tenore che consentano di desumere *aliunde* l'intenzione di costituire il raggruppamento temporaneo senza avere eguale portata giuridicamente impegnativa.

Il Collegio, dopo aver evidenziato tale profilo, ha osservato che l'esclusione, avuto riguardo alla mancata conferma dell'offerta da parte delle originarie due mandanti una volta che si sia esclusa la possibilità di non conferma dell'offerta da parte di alcuni dei componenti del RTI e si sia pertanto equiparato lo svincolo del singolo operatore ad un recesso dal RTI - in presenza della riserva espressa nella fattispecie de qua *ab initio* dalla stazione appaltante sull'affidabilità morale di una delle due originarie mandanti (a cui è, in corso di gara, era subentrato un nuovo operatore economico per effetto del contratto di affitto di ramo d'azienda) si profilava **come atto dovuto anche per altro motivo, risolvendosi la mancata conferma dell'offerta da parte della mandante - id est il suo recesso - in un atto elusivo del preannunciato controllo sull'affidabilità morale**.

A tale proposito, la giurisprudenza, infatti, a partire della nota sentenza dell'Adunanza Plenaria

4 maggio 2012 n. 8, ha ammesso la legittimità del recesso di una delle imprese del raggruppamento "purché la modifica della compagine soggettiva in senso riduttivo avvenga per esigenze organizzative proprie dell'a.t.i. o consorzio, e non invece per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'a.t.i. che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva".

La giurisprudenza successiva, sulla base di tali principi ha pertanto precisato che il rigore di questa disposizione vada temperato in ragione dello scopo che persegue, "che è quello di consentire alla stazione appaltante, in primo luogo, di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, e dunque, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari [...].

Tale soluzione va seguita, come ha stabilito l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio, purché la modifica della compagine soggettiva in senso riduttivo avvenga per esigenze organizzative proprie dell'a.t.i. o consorzio e non, invece, per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'a.t.i. che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva (Cons. St., Ad. Plen., 4.5.2012, n. 8)" (ex multis Cons. Stato Sez. III, Sent., 04/12/2015, n. 5519).

È stato pertanto precisato (cfr., Consiglio di Stato, Sez. V, 24 febbraio 2020, n. 1379; Consiglio di Stato, 17/07/2017 n. 3507) che la modifica soggettiva del RTI è possibile solo in presenza di tre presupposti:

- "a) laddove tale modificazione operi 'in riduzione' (e non 'in aggiunta' o 'in sostituzione' di alcuno dei componenti il raggruppamento);
- b) laddove la modificazione soggettiva non risulti finalizzata ad impedire la verifica dei controlli in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione;
- c) laddove, comunque, i residui membri del raggruppamento siano di per sé in possesso – anche in assenza dell'operatore escluso – della totalità dei requisiti di partecipazione, senza la possibilità di ammettere a tal fine integrazioni di sorta.

Alla stregua di tali coordinate ermeneutiche, quali elaborate nel tempo dalla giurisprudenza amministrativa, l'esclusione del raggruppamento

nel suo complesso **si profilava quale atto dovuto**, sia in quanto violativo del principio di immodificabilità del RTI - qualora non sia dimostrata la sussistenza di esigenze organizzative dell'intero raggruppamento a base del recesso esercitato dal singolo operatore aderente al raggruppamento (cui deve equipararsi, per le ragioni innanzi evidenziate, la mancata conferma dell'offerta all'atto della scadenza della sua vincolatività) – sia laddove il recesso si profili come operato con finalità elusiva, in quanto volto a evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente del RTI che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva.

### **3. I dubbi sollevati dal Consiglio di Stato sulla compatibilità delle norme del d.lgs. n. 163/2006 e della loro interpretazione "nazionale" con i principi eurounitari**

Il Consiglio di Stato, con un'articolata e non scontata motivazione, ha, però, ritenuto che il **"costringere"** i componenti del RTI a rimanere vincolati all'offerta presentata per un periodo indefinito di tempo, anche in caso di plurime scadenze della sua vincolatività, in presenza di gare complesse, il cui svolgimento richieda anche svariati anni - con la sola possibilità di non conferma dell'offerta da parte di tutti gli originari componenti del RTI - **appare violativo del principio della libertà di impresa di cui all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.**

Il suddetto articolo 16 - nel disporre che "È riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali" nonché con i principi di proporzionalità di cui all'art. 52 della medesima Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché di proporzionalità concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli articoli gli artt. 49, 50, 54 e 56 del TFUE" - **codifica in termini positivi gli approdi giurisprudenziali della Corte di giustizia che hanno riconosciuto la libertà di esercitare un'attività economica o commerciale** (cfr. sentenze del 14 maggio 1974, causa 4-73, Nold, e del 27 settembre 1979, causa 230/78, SpA Eridania) e la **libertà contrattuale** (cfr., tra l'altro, sentenze Sukkerfabriken Nykøbing, causa 151/78; del 5 ottobre 1999, causa C-240/97, Spagna/Commissione) e sull'articolo 119, paragrafi 1 e 3 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea che riconosce la **libera concorrenza.**

È vero che questo diritto si esercita nel rispetto del diritto dell'Unione e delle legislazioni nazionali e che può essere sottoposto alle limitazioni previste all'articolo 52, paragrafo 1 della Carta ("Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui").

Ma per altro verso, **il divieto di svincolo dall'offerta**, giunta alla sua ulteriore scadenza, da parte del singolo componente del RTI, soprattutto in relazione a gare che si protraggano per un lungo periodo di tempo, pena l'esclusione del RTI nel suo complesso, quale evincibile dalla equiparazione fra mancata conferma dell'offerta da parte del singolo operatore aderente al RTI e recesso dal RTI, derivante dall'applicazione delle norme innanzi indicate, **non è sembrato al Consiglio di Stato misura proporzionale** rispetto all'esigenza di garanzia della serietà dell'offerta presentata e della sua imputabilità al RTI quale parte plurisoggettiva, laddove gli operatori economici che hanno confermato l'offerta siano di per sé in possesso – anche in assenza dell'operatore che si sia svincolato dall'offerta – della totalità dei requisiti di partecipazione, senza la possibilità di ammettere a tal fine integrazioni di sorta.

Difatti, conformemente al principio di proporzionalità, che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione europea e cui l'aggiudicazione di appalti conclusi negli Stati membri deve conformarsi, come risulta dal considerando 2 della direttiva 2004/18, le **misure adottate dagli Stati membri non devono infatti andare al di là di quanto è necessario per raggiungere tale obiettivo** (v., in tal senso, sentenze della Corte 28 febbraio 2018, cause riunite MA.T.I. SUD SpA C-523/16 e C-536/16, del 16 dicembre 2008, Michaniki, C-213/07, punti 48 e 61; del 19 maggio 2009, Assitur, C-538/07, punti 21 e 23; del 23 dicembre 2009, Serrantoni e -OMISSIS- stabile edili, C-376/08, punto 33, nonché del 22 ottobre 2015, Impresa Edilux e SICEF, C-425/14, punto 29).

Il Collegio ha dunque osservato che una volta operata l'equiparazione fra mancata conferma dell'offerta da parte del singolo operatore economico

aderente al RTI e recesso dal raggruppamento, l'esclusione diventa in ogni caso vincolata, laddove ritenuta elusiva del controllo sull'affidabilità morale, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f) del Codice, dell'operatore che viene meno per effetto del recesso; per contro, nell'ipotesi in cui fosse ammessa la non conferma dell'offerta da parte di tale operatore, non potendo più considerarsi lo stesso come componente del RTI partecipante alla gara, alcun controllo successivo dovrebbe essere operato su detta affidabilità professionale.

#### 4. Conclusioni

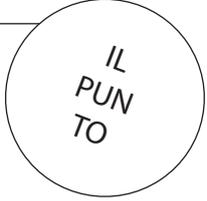
Alla luce di tali considerazioni, il Consiglio di Stato, del tutto opportunamente, ha ravvisato la necessità, quale giudice di ultima istanza, di disporre rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, ai sensi dell'art. 267 TFUE, volto ad accertare la compatibilità con i principi europei di libera circolazione e libertà di stabilimento di un sistema che equipari la mancata conferma dell'offerta da parte di una delle imprese del costituendo RTI, all'atto della scadenza della sua vincolatività, al recesso dal RTI, rendendo pertanto vincolata l'esclusione del raggruppamento per violazione del divieto di modifica soggettiva del RTI. E posta tale equiparazione ed a prescindere dal divieto innanzi indicato, sanzioni in ogni caso con l'esclusione del raggruppamento la mancata conferma dell'offerta - id est il recesso - operata dall'operatore economico con finalità elusive del controllo ex art. 38 comma 1 lett. f) d.lgs. 163/2006.

Il divieto di svincolo dall'offerta è misura proporzionale rispetto all'esigenza di garanzia della serietà dell'offerta presentata e della sua imputabilità al RTI quale parte plurisoggettiva, laddove gli operatori economici che hanno confermato l'offerta siano di per sé in possesso – anche in assenza dell'operatore che si sia svincolato dall'offerta – della totalità dei requisiti di partecipazione, senza la possibilità di ammettere a tal fine integrazioni di sorta?

Il parametro, ancora una volta, è quindi costituito dalla proporzionalità (o meno) della misura imposta dalle norme nazionale, come interpretate dalla giurisprudenza domestica...

# I presupposti dell'affidamento "in house"

di Riccardo Gai



IL  
PUN  
TO

## 1. I tratti distintivi dell'affidamento "in house"

Con l'espressione affidamento "in house" si designa l'eventualità in cui un soggetto tenuto all'espletamento della procedura ad evidenza pubblica, derogando all'obbligo di ricorrere al libero mercato affidando all'esterno determinate prestazioni previa gara, provvede in proprio (ossia in house) all'esecuzione delle stesse, affidando l'esecuzione dell'appalto o la titolarità del servizio ad altro soggetto giuridico, senza indire alcuna procedura competitiva.

Si tratta, in definitiva, di un modello organizzativo in cui la pubblica amministrazione provvede da sé al perseguimento degli scopi pubblici. Va tuttavia precisato che un affidamento in house è tale soltanto se l'entità giuridica a cui viene attribuita la titolarità del servizio sia legata alla stazione appaltante da vincoli talmente serrati da non rendere esistente, nella sostanza, una duplicità di soggetti fra pubblica amministrazione e affidatario. In una tale situazione, l'obbligo di indire una gara a evidenza pubblica viene meno in quanto la pubblica amministrazione non affida il servizio a un terzo, ma a se stessa, o meglio a una propria articolazione che, pur assumendo una veste formale di soggetto terzo, rimane inscindibilmente legata alla stazione appaltante.

La locuzione "affidamento in house" presuppone quindi una particolare situazione: quella di un legame strettissimo fra

affidante e affidatario. E tale legame dovrebbe consentire un legittimo affidamento diretto dell'appalto o del servizio, ed attiene in primo luogo alla struttura del rapporto che si crea fra pubblica amministrazione affidante e affidatario, e non alla legittimità dell'affidamento diretto. Tale eventuale legittimità, ossia la possibilità che la pubblica amministrazione non proceda ad indire una gara, ma affidi direttamente il servizio, è una conseguenza dell'esistenza del rapporto in house.

L'affidamento in house, costituendo un'eccezione all'affidamento mediante procedura ad evidenza pubblica, implica il rispetto dei principi di trasparenza e di imparzialità derivanti in primo luogo dall'art. 97 della Costituzione, che testualmente dispone infatti che *"I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione"*.

Attraverso il processo di integrazione europea, e quindi attraverso il sempre più pregnante ruolo delle istituzioni comunitarie, la materia è stata profondamente incisa dalle disposizioni normative di origine comunitaria, le quali, sotto vari profili, hanno condotto ad un'importante conseguenza in capo agli stati membri, i quali sono obbligati a dettare una disciplina normativa che, in definitiva, incentivi la concorrenza fra privati.

In quest'ottica, quindi, l'ordinamento comunitario veicola la necessità che, in linea generale, le amministrazioni pubbliche procedano - in

**Con l'espressione affidamento "in house" si designa l'eventualità in cui un soggetto tenuto all'espletamento della procedura ad evidenza pubblica, derogando all'obbligo di ricorrere al libero mercato affidando all'esterno determinate prestazioni previa gara, provvede in proprio (ossia in house) all'esecuzione delle stesse, affidando l'esecuzione dell'appalto o la titolarità del servizio ad altro soggetto giuridico, senza indire alcuna procedura competitiva.**



conformità ai su esposti principi di trasparenza e imparzialità ad affidare l'esecuzione di contratti di appalto e di servizi pubblici (servizi di interesse generale, nella terminologia comunitaria) tramite gara ad evidenza pubblica.

L'evoluzione della normativa comunitaria – e l'evoluzione dell'ordinamento interno, sospinta anche dal recepimento delle fonti normative comunitarie e dagli impulsi della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea – ha però condotto all'individuazione di specifiche deroghe al principio di concorrenza, e fra di esse il modello dell'in house costituisce senz'altro un rilevante punto di snodo.

Tale modalità di affidamento consiste, come si è già parzialmente avuto modo di dire, nell'affidamento di una data attività a un soggetto che, solo apparentemente - ossia solo nelle forme, ma non nella sostanza - si distingue dall'amministrazione che affida il servizio.

In altri termini – cercando di semplificare quanto più possibile il meccanismo e la logica dell'in house - è l'ipotesi in cui un soggetto pubblico controlla da vicino un altro soggetto, e quindi, data la sostanziale inesistenza di una distinzione fra i due enti, il primo può legittimamente affidare l'esecuzione dell'attività al secondo, senza obbligo di gara, in quanto, in realtà è sempre lui stesso che svolge il servizio.

La portata del fenomeno dell'in house è infine sfociata nella constatazione che esso – pur costituendo una deroga al principio dell'evidenza pubblica – non costituisce un modello eccezionale di affidamento di appalti e servizi, essendo, invece, un modello organizzativo che le pubbliche amministrazioni possono assumere in via ordinaria, viepiù (come vedremo) con l'introduzione del "nuovo" Codice dei contratti (D.lgs. 36/2023), che pare averne semplificato, ed anche incentivato, l'utilizzo.

## 2. Le origini dell'istituto ed il suo inserimento nell'ordinamento nazionale

E' stata la giurisprudenza della Corte di Giustizia a individuare i presupposti in ragione dei quali possa dirsi sussistente quello strettissimo legame fra soggetto affidante e soggetto affidatario che, in definitiva, fa ritenere che non si tratti di due soggetti distinti.

I criteri individuati dalla giurisprudenza comunitaria hanno poi trovato un riscontro nel diritto nazionale nell'ambito del settore dei servizi pubblici locali.

A seguito delle modifiche intervenute all'art. 113 del d.lgs. 267/2000 nel corso del 2003, esso prevedeva, fino all'abrogazione di tale disposizione, al comma 5, lett. c), che un servizio pubblico locale possa essere direttamente affidato *"a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano"*.

Il legislatore nazionale aveva quindi trasfuso all'interno della disciplina dei servizi pubblici locali il portato della giurisprudenza comunitaria in tema di affidamento in house.

Sul punto, tuttavia, occorre evidenziare che la stessa giurisprudenza comunitaria (v. ex multis Corte di Giustizia sentenza Teckal C-107/98) ha proceduto a meglio circoscrivere il fenomeno dell'in house, stabilendo, in sintesi, che tale fenomeno sussiste (e quindi è legittimo un affidamento diretto) solo se:

- il capitale dell'affidatario sia totalmente pubblico, e sia statutariamente esclusa la possibilità di un ingresso di capitale privato nella compagine societaria;

**La giurisprudenza comunitaria (v. ex multis Corte di Giustizia sentenza Teckal C-107/98) ha proceduto a meglio circoscrivere il fenomeno dell'in house, stabilendo, in sintesi, che tale fenomeno sussiste (e quindi è legittimo un affidamento diretto) solo se:**

- il capitale dell'affidatario sia totalmente pubblico, e sia statutariamente esclusa la possibilità di un ingresso di capitale privato nella compagine societaria;**
- il "controllo analogo" si estrinsechi in forme di condizionamento ulteriori e più incisive rispetto ai "normali" poteri di un socio di maggioranza.**



- il "controllo analogo" si estrinsechi in forme di condizionamento ulteriori e più incisive rispetto ai "normali" poteri di un socio di maggioranza.

Con l'entrata in vigore delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE la materia ha trovato una nuova fonte normativa, poiché il legislatore comunitario ha voluto inserire in disposizioni di diritto positivo quello che era l'orientamento giurisprudenziale comunitario sul tema.

Il legislatore italiano, da parte sua, nel recepire le nuove direttive in materia di appalti pubblici, ha inserito anch'esso all'interno del D.Lgs. 50/2016 una specifica disciplina dell'istituto - ricalcando fedelmente quanto già stabilito dalle direttive comunitarie.

Al riguardo, occorre sottolineare come gli articoli del D.Lgs. 50/2016 dedicati all'*in house providing* siano due: l'art. 5 (che definisce le tipologie di *in house providing* possibili e ne precisa i requisiti) e l'art. 192 (il quale prevede l'istituzione di uno specifico registro a cura di ANAC nel quale debbano essere iscritte le stazioni appaltanti che si avvalgono di affidamento *in house*).

Per quanto riguarda le tipologie di affidamenti *in house*, l'art. 5 citato prevede adesso in modo espresso che possa darsi seguito ad affidamenti *in house*:

- da parte di una amministrazione aggiudicatrice a favore di un soggetto da essa controllato;
- da parte del soggetto controllato a favore dell'amministrazione che lo controlla;
- da parte di una amministrazione aggiudicatrice a favore di un soggetto indirettamente controllato;
- da parte del soggetto controllato a favore di un altro soggetto controllato dalla medesima amministrazione aggiudicatrice.

Viene inoltre sancito espressamente che il controllo può essere "condiviso" da più amministrazioni le quali controllino congiuntamente il medesimo soggetto affidatario.

Per quanto riguarda i requisiti che debbano sussistere per aversi un corretto affidamento *in house* vengono ripetuti i tre "tradizionali" requisiti del capitale pubblico, dello svolgimento di attività prevalentemente per gli enti controllanti e del "controllo analogo".

### 3. Il vaglio della Corte di Giustizia UE

La disciplina nazionale sull'affidamento *in house* è passata spesso al vaglio della Corte di Giustizia UE. Significativa l'ordinanza della Corte di Giustizia, sez. IX, 6 febbraio 2020, nelle cause riunite C-89/19 e C-91/19, dove la Corte si è pronunciata sulle due questioni pregiudiziali poste dalla V sezione del Consiglio di Stato in materia di Società *in house* (con ordinanze di remissione n.138 del 7 gennaio 2019, n. 293 del 14 gennaio 2019 e n. 296 del 15 gennaio 2019).

Nel caso in esame, la ricorrente contestava la legittimità dell'affidamento diretto *in house* del servizio di igiene urbana, da parte di alcuni Comuni, ad una Società interamente partecipata da Amministrazioni comunali.

Tale Società era caratterizzata dalla compresenza di "soci pubblici affidanti", che esercitano il controllo analogo ed affidano *in house* il servizio alla partecipata; e "soci pubblici non affidanti" che non esercitano il controllo analogo e, quindi, detengono la partecipazione nella prospettiva di affidare il servizio solo in futuro.

Con la prima questione, il Consiglio di Stato ha chiesto al Giudice euro-unitario se una norma interna, quale l'art. 192 del Codice dei contratti pubblici (che subordina l'affidamento *in house* alla presenza di condizioni stringenti), sia compatibile con il diritto euro-unitario.

Il Giudice nazionale infatti sottolineava che l'art. 192 del Codice assegnerebbe all'affidamento *in house* natura "derogatoria" rispetto al ricorso al mercato; ammettendone l'esperibilità solo: *i*) in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante; *ii*) a fronte di un onere motivazionale rafforzato.

Il che si sarebbe posto in contrasto con i principi euro-unitari di libertà delle scelte organizzative delle Pubbliche Amministrazioni (cfr. considerando § 5 Direttiva 2014/13 UE e 2014/14 UE) e con l'art. 12, par. 3, della Direttiva 2014/24 UE; la quale - escludendo dal suo ambito di applicazione gli appalti aggiudicati secondo il modello *in house* - avrebbe posto tali affidamenti su un piano paritetico rispetto al ricorso al mercato.

Con la seconda questione, il Consiglio di Stato aveva sollevato dubbi sulla compatibilità dell'art. 4 co. 1 del Testo Unico delle società partecipate (D.lgs. 175/2016) con l'art. 12 par. 3 della Direttiva

2014/24 UE.

Secondo il Consiglio di Stato, la norma interna consente ad una P.A. di detenere partecipazioni in Società *in house* solo se la P.A. eserciti il controllo analogo su tale Società e le affidi, contestualmente, il servizio.

Muovendo da tale interpretazione, il Giudice nazionale ha ritenuto dubbia la compatibilità del riferito meccanismo con i principi euro-unitari; soprattutto perché il controllo analogo e l'affidamento diretto ben potrebbero seguire l'acquisto della partecipazione societaria.

In tal quadro, la Corte di Giustizia si è pronunciata sulla prima questione sancendo che – in virtù del principio euro-unitario di autodeterminazione degli Stati membri sulle proprie scelte gestionali derivante dal considerando § 5 della Direttiva 2014/14 UE è indifferente per l'ordinamento euro-unitario che uno Stato membro introduca delle condizioni stringenti tese alla verifica dell'economicità e dell'efficienza del modello dell'autoproduzione rispetto al ricorso mercato.

Con il corollario che l'art. 192 del Codice dei Contratti, laddove sottopone a stringenti vincoli la scelta di ricorrere agli affidamenti *in house*, non presterebbe il fianco a dubbi di compatibilità con l'ordinamento sovranazionale.

Anche con riguardo alla seconda questione, la Corte di Giustizia ha sostanzialmente ritenuto che il profilo individuato dal Consiglio di Stato esuli dagli aspetti disciplinati dalla Direttiva 2014/24 UE.

Infatti, la Corte di Giustizia si è limitata ad osservare che l'art. 12 par. 3 della Direttiva 2014/24 UE, nel disciplinare le condizioni in presenza delle quali un'Amministrazione può ricorrere all'affidamento *in house* a favore di un organismo pluripartecipato da Amministrazioni pubbliche, richiede l'esercizio del controllo analogo congiunto, senza alcuna indicazione sulle modalità di acquisizione delle partecipazioni.

Sicché la scelta operata con il Testo Unico delle società partecipate come interpretato dal Giudice remittente, tesa a subordinare la partecipazione societaria alla contestuale sussistenza del controllo analogo e dell'affidamento *in house* del servizio alla partecipata, appare indifferente per l'ordinamento euro-unitario.

In definitiva, l'ordinanza in rassegna costituisce un ulteriore passo nell'ambito del vivace dibattito sulla natura del modello *in house* rispetto al ricorso al mercato, nonché sulle concrete modalità con cui un Ente pubblico può programmare l'acquisto di partecipazioni in Società pubbliche.

Quanto al primo aspetto, la Corte di Giustizia ha offerto lo spunto per inquadrare la questione da una prospettiva più ampia: quel che rileva pare essere la scelta compiuta a monte dallo Stato membro; il quale, nell'esercizio della capacità di autodeterminarsi, può sottoporre a condizioni specifiche il ricorso all'*in house*, anziché al mercato.

Il secondo aspetto desta qualche perplessità ove si ritenga che una pubblica amministrazione debba contestualmente deliberare l'acquisizione della partecipazione e l'affidamento del servizio; dato che questi adempimenti spesso vengono posti in essere, per ragioni logiche e pratiche, in una prospettiva non contestuale.

**la Corte di Giustizia UE ha ritenuto che in virtù del principio euro-unitario di autodeterminazione degli Stati membri sulle proprie scelte gestionali derivante dal considerando § 5 della Direttiva 2014/14 UE, è indifferente per l'ordinamento euro-unitario che uno Stato membro introduca delle condizioni stringenti tese alla verifica dell'economicità e dell'efficienza del modello dell'autoproduzione rispetto al ricorso mercato.**



#### **4. Il "controllo analogo" e il "controllo analogo congiunto" nella prassi applicativa e giurisprudenziale**

Il 2° comma dell'art. 5 del D.lgs. 50/2016 dispone che "un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (...) qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata".

Nelle linee guida n. 7/2017 ANAC ha individuato al punto 6.3.2 elementi idonei, a titolo esemplificativo, a configurare il controllo analogo.

Tali elementi consistono nelle seguenti ipotesi:

- a. divieto di cessione delle quote a privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati prescritte dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata;
- b. attribuzione all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore del potere di nomina e revoca quanto meno della maggioranza dei componenti degli organi di gestione, di amministrazione e di controllo;
- c. attribuzione all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore dei poteri di direttiva e di indirizzo e del potere di veto sulla definizione dell'organigramma dell'organismo partecipato e sulle sue modifiche o di un parere vincolante in merito all'adeguatezza dell'assetto organizzativo adottato dalla società in funzione del perseguimento dell'oggetto sociale;
- d. vincolo per gli amministratori, nella gestione ordinaria e straordinaria, al rispetto delle prescrizioni impartite in sede di controllo analogo e trasfuse in appositi atti formali e vincolanti;
- e. disciplina precisa e puntuale dell'esercizio del controllo da parte del socio pubblico.

È bene tuttavia precisare, per dovere di completezza, che quanto ai requisiti sostanziali necessari per procedere all'affidamento *in house*, individuati nelle Linee Guida, il Consiglio di Stato, con il parere n. 282/2017 (cfr. Cds, comm. spec. 1.02.2017), ha sottolineato che i parametri ANAC "sono esemplificativi e non fissano un griglia esaustiva" poiché altrimenti si configurerebbe una modifica o una integrazione delle "regole elastiche fissate dalla legge".

Con particolare riferimento al controllo analogo è stato altresì precisato che l'esercizio del controllo analogo sulla società *in house* "deve essere effettivo, strutturale e funzionale": ciò significa che, al di là della partecipazione pubblica totalitaria e dell'influenza determinante, l'amministrazione affidante deve esercitare poteri di controllo, di ingerenza e di condizionamento superiori a quelli tipici del diritto societario (v. Cds, Sez. I, 7.05.2019, n. 883). Inoltre, la sussistenza dei requisiti del controllo analogo deve essere verificata in concreto, ovvero analizzando se, sulla base dei diritti amministrativi inerenti allo

strumento partecipativo, sussiste effettivamente un potere di controllo (v. Cds, Sez. V, 16.11.2018, n. 6456).

È stato peraltro ribadito che ribadito che un assetto societario che si limiti a riflettere quello di diritto comune proprio delle società di capitali e che, in particolare, ammetta l'ingresso nel capitale sociale di soci privati sino alla detenzione di metà del capitale sociale e non preveda forme di rappresentanza degli enti pubblici "impedisce di realizzare il necessario controllo analogo tra ente pubblico affidante e società affidataria, controllo che implica l'attribuzione ai singoli enti pubblici soci, al di là del numero di azioni possedute, di poteri penetranti di controllo sull'andamento della società e sull'approvazione degli atti fondamentali della medesima". (cfr. TAR Lombardia - 6.07.2019, n. 1558)

Accanto al descritto controllo analogo "ordinario", vi è il controllo analogo "congiunto", che trova definizione all'art. 5, 5° comma, D.lgs. 50/2016 a norma del quale "Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- a. gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti;
- b. tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica;
- c. la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti."

Il Codice degli Appalti quindi non solo positivizza l'esercizio congiunto del controllo analogo da parte di più amministrazioni, ma ne definisce anche i requisiti al fine di verificarne la sussistenza.

Tale forma di controllo analogo viene in considerazione nell'ipotesi in cui la società affidataria sia partecipata da più amministrazioni e queste esercitino congiuntamente tra loro un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (in tal senso si esprime la definizione di "controllo analogo congiunto" di cui all'art. 2, 1° comma, lett. d del D.lgs.175/2016).

Anche nel caso del controllo analogo congiunto il controllo esercitato dalla pluralità degli enti pubblici deve essere più pregnante di quello normalmente concesso dalla disciplina societaria.

Sul punto, recentemente, la giurisprudenza ha confermato che devono ritenersi sussistenti tutti i requisiti individuati dal comma 5, art. 5, lettere 'a', 'b' e 'c', d.lgs. n. 50 del 2016, per potersi legittimamente disporre l'affidamento diretto di un servizio, nel caso di controllo analogo congiunto e di affidamento *in house* di servizi da parte di pubbliche amministrazioni, quale modalità di gestione alternativa all'esternalizzazione, nella quale i servizi pubblici vengono affidati ad un soggetto che, sia pur formalmente distinto dall'amministrazione agente e avente di regola forma societaria, è nella sostanza a essa riconducibile, poiché la pubblica amministrazione vi esercita un controllo analogo a quello posto in essere sui propri servizi interni. Proprio in virtù di questa sostanziale coincidenza soggettiva, l'affidamento prescinde dall'espletamento di procedure concorsuali di selezione del contraente (v. TAR LOMBARDIA, SEZ. IV, 12.6.2023 n. 1441)

### **5. L'affidamento in house nel "nuovo" Codice dei contratti (D.lgs. 36/2023)**

Il nuovo Codice dei Contratti, le cui disposizioni sono in vigore da pochi giorni, in una complessiva ottica di snellimento delle procedure di scelta del contraente, sembra aver voluto semplificare (anche) il ricorso agli affidamenti in house.

In particolare, l'art. 7, commi 2 e 3 del d.lgs. n. 36/2023 consente l'affidamento in house, apparentemente senza i vincoli del precedente art. 192 del d.lgs. n. 50 del 2016.

In particolare:

*1. Le pubbliche amministrazioni organizzano autonomamente l'esecuzione di lavori o la*

**il principio di auto-organizzazione amministrativa fissato nell'art. 7 del D.lgs. 36/2023, anche in relazione agli affidamenti in house, ha una portata molto ampia e comporta che ogni ente disponga della massima autonomia nello stabilire le modalità attraverso cui garantire l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi alla propria collettività.**



*prestazione di beni e servizi attraverso l'auto-produzione, l'esternalizzazione e la cooperazione nel rispetto della disciplina del codice e del diritto dell'Unione europea.*

*2. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono affidare direttamente a società in house lavori, servizi o forniture, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano per ciascun affidamento un provvedimento motivato in cui danno conto dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del*

*procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche. In caso di prestazioni strumentali, il provvedimento si intende sufficientemente motivato qualora dia conto dei vantaggi in termini di economicità, di celerità o di perseguimento di interessi strategici. I vantaggi di economicità possono emergere anche mediante la comparazione con gli standard di riferimento della società Consip S.p.a. e delle altre centrali di committenza, con i parametri ufficiali elaborati da altri enti regionali nazionali o esteri oppure, in mancanza, con gli standard di mercato.*

*3. L'affidamento in house di servizi di interesse economico generale di livello locale è disciplinato dal decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201.*

Come emerge dal disposto normativo sopra riportato, il principio di auto-organizzazione amministrativa ha una portata molto ampia e comporta che ogni ente disponga della massima autonomia nello stabilire le modalità attraverso cui garantire l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi alla propria collettività, nel rispetto dei seguenti principi:

- Principio del risultato: è disciplinato dall'art. 1 del nuovo codice e rappresenta una delle novità più impattanti dello stesso; si traduce nel perseguire la massima tempestività nell'affidamento ed

esecuzione di un contratto pubblico ricercando il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza; il principio del risultato, secondo il legislatore, costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. - Principio della fiducia: è disciplinato dall'art. 2 del nuovo codice ed è finalizzato a favorire e valorizzare l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato;

- Principio dell'accesso al mercato: è disciplinato dall'art. 3 del nuovo codice e richiede di favorire, da parte delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità.

Vi sarà dunque da verificare, nei prossimi mesi e nella prassi applicativa, se e quali criticità emergeranno nei nuovi affidamenti in house, soprattutto alla luce della maggiore elasticità concessa alle pubbliche amministrazioni nello scegliere la tipologia di affidamento e dei criteri (apparentemente) meno stringenti previsti dal nuovo Codice.

# Il principio di rotazione negli affidamenti sotto-soglia nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

di Ilenia Paziani

IL  
PUN  
TO

## Premessa

L'applicazione del principio di rotazione è da sempre molto discussa nell'ambito degli appalti pubblici. Si tratta di un principio ispirato al rispetto della concorrenza e del *favor participationis* tra piccole e medie imprese, che attiene alle procedure di affidamento c.d. sotto-soglia e rappresenta quindi uno strumento regolatorio per una consistente quota degli affidamenti pubblici.

In particolare, si rammenta che per affidamenti sotto-soglia comunitaria ci si riferisce a quegli affidamenti che, avendo un valore più basso rispetto alle soglie di rilevanza europea fissate periodicamente con provvedimento della Commissione europea, non sono soggette all'applicazione delle regole ordinarie dell'evidenza pubblica, bensì ad una disciplina meno stringente.

Ad oggi, le soglie di rilevanza europea restano quelle in vigore dal 1° gennaio 2022 e quindi:

- Per gli appalti pubblici di **lavori**: **5.382.000,00 €**;
- Per gli appalti pubblici di **servizi e forniture** (aggiudicati da amministrazioni sub centrali e operanti nella difesa): **215.000,00 €**

(140.000,00 € per quelli aggiudicati da amministrazioni centrali);

- Per i servizi sociali e assimilati: 750.000,00 €.
- Ebbene, il principio di rotazione si applica agli affidamenti al di sotto delle soglie sopra indicate (qualora non rivestano interesse transfrontaliero), con lo scopo di bilanciare la deregolamentazione con il rispetto del principio di massima concorrenza; ed infatti, nel caso in cui il valore sia più alto rispetto alle soglie di rilevanza, o l'affidamento – seppure di valore inferiore – rivesta carattere transfrontaliero, sarà necessario ricorrere alle procedure ordinarie di cui agli articoli da 70 a 76 del D.lgs n. 36/2023.

In continuità con la disciplina pregressa e con le Linee guida ANAC n. 4, il nuovo Codice dei contratti pubblici impone dunque il rispetto del principio di rotazione nei sotto-soglia, dedicandogli l'intero **articolo 49** collocato nel Libro II, parte I, dedicata

integralmente ai contratti di importo inferiore alle soglie europee.

Per principio di rotazione si intende infatti il divieto di affidamento al medesimo operatore economico per due esercizi consecutivi, allo scopo di favorire, appunto, la rotazione tra i diversi operatori del settore.

**Principio di rotazione: divieto di affidamento della medesima commessa, al medesimo operatore economico per due esercizi consecutivi**

Il principio di rotazione si applica dunque:

- **agli affidamenti diretti;**
- **alle procedure negoziate senza bando.**

Si ricorda che, in virtù di quanto previsto dall'articolo 50 del nuovo Codice, si può procedere all'affidamento diretto:

- per appalti di **lavori di importo inferiore a 150.000,00 €**, anche senza previa consultazione di più operatori economici, assicurando che i soggetti scelti siano in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali;
- per appalti di **servizi e forniture di importo inferiore a 140.000,00 €**, anche senza previa consultazione di più operatori economici, assicurando che i soggetti scelti siano in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali.

Si procede invece con procedura negoziata senza bando:

- per appalti di **lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro**: previa consultazione di almeno **cinque** operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici;
- per lavori di importo **pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14**: previa consultazione di almeno **dieci** operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, salva la possibilità di ricorrere alle procedure di scelta del contraente di cui alla Parte IV del presente Libro, previa adeguata motivazione;
- per **appalti di servizi e forniture**, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo **pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14** (Euro 215.000) previa consultazione di almeno **cinque** operatori economici, ove esistenti, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici.

**Il principio di rotazione nel nuovo Codice è disciplinato dall'articolo 49 rubricato "Principio di rotazione degli affidamenti" che dunque sostituisce il precedente articolo 36 e le Linee guida ANAC n. 4**

## 1. Il principio di rotazione: discipline a confronto

Prima di analizzare la disciplina contenuta nel nuovo Codice, si rileva che il principio di rotazione era già contemplato dal D.lgs. n. 50/2016 (in vigore per le procedure di gara indette prima del 1° luglio 2023), il quale prevedeva una disciplina abbastanza scarna, ma altrettanto stringente che ha causato non pochi problemi applicativi.

In particolare, l'articolo 36 del d.lgs. n. 50/2016 prevedeva che «*L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. Le stazioni appaltanti applicano le disposizioni di cui all'articolo 50.*»

La disciplina era poi completata dalle Linee Guida ANAC n. 4, oggi abrogate, le quali in particolare ai punti 3.6 e 3.7., strutturavano il principio di rotazione nella:

- rotazione degli inviti;
- rotazione degli affidamenti.

Il principio di rotazione nel nuovo Codice è disciplinato, come detto, dall'articolo 49 rubricato "Principio di rotazione degli affidamenti" e prevede che:

«1. *Gli affidamenti di cui alla presente Parte avvengono nel rispetto del principio di rotazione.*

*2. In applicazione del principio di rotazione è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi.*

*3. La stazione appaltante può ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico. In tale caso il divieto di affidamento o di aggiudicazione si applica con riferimento a ciascuna fascia, fatto salvo quanto previsto dai commi 4, 5 e 6.*

*4. In casi motivati con riferimento alla struttura del*

mercato e alla effettiva **assenza di alternative**, nonché di **accurata esecuzione** del precedente contratto, il contraente uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto.

5. Per i contratti affidati con le procedure di cui all'articolo 50, comma 1, lettere c), d) ed e), le stazioni appaltanti non applicano il principio di rotazione quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata.

6. È comunque consentito derogare all'applicazione del principio di rotazione per gli affidamenti diretti di **importo inferiore a 5.000 euro**.».

**1.1 L'ambito soggettivo: chi può essere destinatario di un affidamento diretto? Chi può essere invitato ad una procedura negoziata?**

Il principio di rotazione, come nella precedente versione, resta dunque strutturato, da un lato, come il divieto di assegnare due affidamenti consecutivi al medesimo operatore individuato come affidatario diretto; dall'altro lato, come il divieto di reinvitare il medesimo soggetto, già invitato e già individuato come aggiudicatario, alla procedura negoziata.

E dunque come rotazione degli inviti e rotazione degli affidamenti.

Tuttavia, rispetto alla disciplina previgente contenuta nelle Linee guida ANAC n. 4, la rotazione degli inviti si applica in maniera sensibilmente diversa.

Ed infatti, le Linee guida prevedevano che «*Il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento.*» (par. 3.6 delle Linee guida ANAC n. 4).

La nuova formulazione prevede invece che in caso di procedura negoziata, il principio di rotazione comporta il divieto di invito a procedure **del solo**

**esecutore uscente**. La rotazione si ha quindi solo a carico del soggetto che abbia conseguito la precedente aggiudicazione **e non nei confronti degli operatori che sono stati solo invitati**, ma non sono stati individuati come aggiudicatari.

**Nelle procedure negoziate il principio di rotazione comporta il divieto di invito a procedure del solo esecutore uscente non vieta la partecipazione del mero invitato che non ha ottenuto l'aggiudicazione**

Il legislatore ha ritenuto quindi opportuno escludere la rotazione a carico del mero invitato, in quanto in tale ipotesi la contrazione del principio concorrenziale non risulta in alcun modo giustificata dalla necessità di contenere asimmetrie informative a carico del precedente aggiudicatario.

Ed infatti, occorre considerare che la *ratio* di vietare l'invito alla procedura del precedente esecutore risiede nel fatto che quest'ultimo, forte della conoscenza della

commessa da realizzare acquista nel precedente affidamento, possa avere un vantaggio sugli altri operatori economici (Cons. Stato. Sez. V, 12 giugno 2019, n. 3943). Ma nel caso del mero invitato tale asimmetria informativa non sussiste, di conseguenza non sussiste nemmeno l'esigenza di limitare l'invito ai soggetti che non sono stati mai invitati alla procedura.

In sintesi, dunque, da un punto di vista soggettivo, il principio di rotazione si sostanzia:

- per gli affidamenti diretti, nel divieto di affidare nuovamente allo stesso operatore;
- per le procedure negoziate nel divieto di invitare alla procedura il precedente affidatario.

**1.2 L'ambito oggettivo: cosa non può essere affidato allo stesso operatore?**

Sotto ulteriore profilo, il principio di rotazione si applica con riferimento all'affidamento immediatamente precedente nei casi in cui i due affidamenti (consecutivi) abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello **stesso settore** merceologico, oppure nella **stessa categoria** di opere, o ancora, nello **stesso settore** di servizi.

Ne consegue, ragionando *a contrario*, che il precedente esecutore di lavori di manutenzione stradale ben potrà essere nuovamente invitato a partecipare (qualora ne abbia i requisiti) ad una

procedura avente ad oggetto l'affidamento per l'efficientamento dell'illuminazione pubblica.

Tuttavia, sul punto, può essere utile richiamare la pronuncia del TAR Campania, Napoli n. 6114/2022 (non appellata) nella quale è stato rilevato che «*Il principio di rotazione non recede nemmeno nel caso in cui l'oggetto della procedura ponte sia diverso da quello della procedura definitiva. Se è vero che l'applicazione del disposto di cui all'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, in quanto teso a tutelare la dimensione temporale della concorrenza, presuppone logicamente una specifica situazione di continuità degli affidamenti, è anche vero che ciò non implica che i diversi affidamenti debbano essere esattamente identici tra loro. È rilevante, infatti, la continuità, nel tempo, della prestazione principale o comunque, nel caso in cui non sia possibile individuare una chiara prevalenza delle diverse prestazioni dedotte in rapporto (tanto più se aventi, come nel caso di specie, contenuto tra loro omogeneo), che i successivi affidamenti abbiano comunque ad oggetto, in tutto o in parte, quelle del precedente contratto*».

Inoltre, sempre ai fini della rotazione, la stazione appaltante può ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico e applicare la rotazione con riferimento alla medesima fascia (comma 3, art. 49).

Tale possibilità era già prevista dalle Linee guida ANAC n. 4, le quali precisavano che «*La stazione appaltante, in apposito regolamento (di contabilità ovvero di specifica disciplina delle procedure di affidamento di appalti di forniture, servizi e lavori), può suddividere gli affidamenti in fasce di valore economico, in modo da applicare la rotazione solo in caso di affidamenti rientranti nella stessa fascia*».

Va da sé che è vietato il frazionamento artificioso di un medesimo affidamento, o l'ingiustificato accorpamento al fine di aggirare il principio di rotazione.

### **1.3 Le eccezioni: quando può essere reinvitato o individuato come affidatario diretto il precedente esecutore del medesimo affidamento?**

In casi eccezionali e debitamente motivati, la Stazione Appaltante può derogare al principio di rotazione.

In particolare, la rotazione non si applica nei confronti del precedente esecutore esclusivamente qualora, avuto riguardo alla particolare struttura del mercato, **non sussistano alternative** e sia dunque stata riscontrata l'effettiva assenza di alternative e qualora la precedente esecuzione sia stata svolta in assenza di contestazioni, quindi in caso di **accurata esecuzione del precedente contratto**.

Anche la precedente disciplina proposta da ANAC prevedeva una analoga possibilità di deroga basata:

- sulla sussistenza di particolari condizioni del mercato di settore o di riferimento (es. numero molto limitato di OE nel settore o interessati a fornire beni/servizi all'ente);
- precedente servizio/fornitura svolto a regola d'arte, nel rispetto dei parametri qualitativi, dei tempi e dei costi previsti dal contratto (es. assenza di penali per inadempimenti);

- competitività dei prezzi offerti rispetto alla media dei prezzi di mercato del settore di riferimento (es. rilevandolo da affidamenti intervenuti a favore dell'OE, nel frattempo, da parte di altre amministrazioni).

Tuttavia, nella nuova formulazione risulta maggiormente enfatizzata la circostanza che i presupposti sopra indicati debbano **coesistere** affinché a deroga sia legittima, non potendo essere considerati alternativi.

Sul punto, è stato recentemente giudicato che «*Il principio di rotazione non è regola preclusiva (all'invito del gestore uscente e al conseguente suo rinnovato affidamento del servizio) senza eccezione, potendo l'amministrazione derogarvi fornendo adeguata, puntuale e*

**Il rispetto del principio di rotazione deve tenere conto anche dell'oggetto dell'affidamento, e opera quindi nel caso in cui i due affidamenti (consecutivi) abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, nella stessa categoria di opere o nello stesso settore di servizi**



*rigorosa motivazione delle ragioni che l'hanno a ciò indotta (nel caso in cui decida per l'affidamento mediante le procedure di cui all'art. 36, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) (1), con l'ulteriore precisazione della necessità di far riferimento nella motivazione, in particolare, al numero eventualmente circoscritto e non adeguato di operatori presenti sul mercato, al particolare e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto e alle specifiche caratteristiche del mercato di riferimento.» (TAR Toscana, sez. I, 31 gennaio 2023 n. 98).*

**Eccezione: il precedente esecutore può essere destinatario del nuovo medesimo affidamento o dell'invito alla medesima procedura solo se non esistono alternative sul mercato e in caso di accurata esecuzione precedente**



Alla luce di quanto previsto dall'articolo 49 deve ritenersi che una motivazione come quella riportata nella sentenza del TAR Toscana potrebbe essere ritenuta sufficiente al reinvito dell'esecutore uscente solo nel caso in cui, senza quest'ultimo, non fosse possibile raggiungere nemmeno il numero minimo di operatori economici di cui è richiesto l'invito per la procedura negoziata senza bando (5 o 10 per lavori e 5 per servizi e forniture).

La norma infatti descrive il caso di affidamento (o reinvito) al precedente esecutore esclusivamente «**In casi motivati con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto**».

Inoltre, per quanto riguarda le procedure negoziate, il principio di rotazione non si applica quando l'indagine di mercato sia effettuata **senza porre limiti al numero di operatori da invitare**.

Tale eccezione si giustifica in quanto in tale ipotesi non ricorre la *ratio* che giustifica il principio di rotazione e cioè che, qualora la Stazione Appaltante decida di porre uno sbarramento (numerico) alla possibilità di presentare un'offerta, allora tale limitazione deve essere giustificata da una rotazione dei soggetti che sono ammessi a prendere parte alla procedura.

Sul punto è stato infatti recentemente affermato che «*Il principio di rotazione delle imprese partecipanti ad una gara non è applicabile laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure*

*nelle quali la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione.» (cfr. Cons. Stato, sez. V 24 maggio 2021, n. 3999).*

Il caso sottoposto al Consiglio di Stato appena citato si riferiva ad un affidamento avvenuto tramite una richiesta di offerta (RDO) su Mepa, secondo il ricorrente in primo grado (divenuto poi appellante a seguito del rigetto del ricorso da parte del TAR) la Stazione Appaltante avrebbe violato il principio di rotazione avendo disposto l'affidamento in favore del precedente esecutore.

Ebbene, secondo il TAR prima e il Consiglio di Stato poi, «*È ormai consolidato l'orientamento che limita l'applicazione del principio di rotazione degli inviti o degli affidamenti alle procedure negoziate (di recente in tal senso Sez. V, 13 ottobre 2020, n. 6168). L'art. 36, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, prevede, infatti, che le stazioni appaltanti hanno sempre la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie. Ciò indica che la norma che impone l'applicazione del principio di rotazione prefigura una chiara contrapposizione tra procedure ordinarie aperte e procedure negoziate (disciplinate dall'art. 36 cit.); in queste ultime, il principio di rotazione funge da contrappeso rispetto alla facoltà attribuita all'amministrazione appaltante di individuare gli operatori economici con i quali contrattare. Pertanto, come emerge anche dalle linee-guida dell'ANAC (n. 4 del 26 ottobre 2016, aggiornate con delibera 1° marzo 2018, n. 206), quando l'amministrazione procede attraverso un avviso pubblico aperto a tutti gli operatori economici, non deve applicarsi il principio di rotazione, perché si è fuori dalle procedure negoziate.*».

Da quanto desumibile dalla pronuncia in esame, nel caso di specie, la procedura di gara non era riconducibile a una procedura negoziata ristretta. Il procedimento di gara si è infatti svolto sulla piattaforma Mepa, mediante richiesta di offerta **rivolta a tutti gli operatori iscritti al portale telematico**. Ciò ha delineato un meccanismo di apertura alla partecipazione degli operatori economici del settore interessato, che esclude qualsiasi intervento dell'amministrazione

appaltante nella fase di selezione o individuazione preliminare degli operatori economici da invitare alla procedura.

Pertanto, seppure la procedura descritta presenti profili peculiari (che finiscono col forgiare una sorta di procedura mista, ordinaria e negoziata), non ricorre la *ratio* che caratterizza il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, il quale - in attuazione del principio di concorrenza - ha la finalità di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, la cui posizione di vantaggio nello svolgimento della procedura deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento, che potrebbe consentirgli di formulare una migliore offerta rispetto ai concorrenti, soprattutto nei mercati in cui il numero di operatori economici non è elevato (cfr. sul punto anche parere del Consiglio di Stato, Commissione speciale, 12 febbraio 2018, n. 361, sulle "Linee guida" dell'Anac aggiornate sulla base delle disposizioni del d.lgs. n. 56 del 2017).

Essendo assimilabile a una procedura ordinaria o comunque aperta al mercato, alla procedura in esame non è stato ritenuto applicabile il principio di rotazione.

Tali principi risultano applicabili anche a seguito della nuova formulazione del principio di rotazione, in virtù di quanto specificato dal comma 5 dell'articolo 49.

Sul punto vale la pena precisare che, a fronte della disciplina contenuta all'articolo 50, comma 1, lett. d del d.lgs. n. 36/23, risulta che per i sotto-soglia sia ammesso il ricorso alle procedure ordinarie in luogo di quelle più snelle previste per gli affidamenti di importi sotto-soglia, solamente per i lavori di importo compreso tra 1 milione di euro e la soglia di rilevanza europea.

In concreto, dunque, la deroga al principio di rotazione sopra descritta, si può ritenere applicabile alle procedure negoziate in cui non sia posto alcun limite al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla procedura negoziata, seppure svolta secondo le procedure previste per i sotto-soglia (cfr. art. 49, comma 5 e art. 50).

Occorre infine precisare che il principio di rotazione non si applica per gli affidamenti diretti inferiori a 5.000 euro. si tratta dei c.d. "affidamenti diretti

puri" per i quali nel Codice previgente era previsto un limite di appena 1.000 euro; tale innalzamento è dovuto ad una mera esigenza di coordinamento con l'obbligo di acquisto tramite Mepa, che è appunto previsto per gli affidamenti di importo superiore a 5.000 euro.

## 2. I metodi di selezione degli operatori da invitare: divieto di sorteggio

Per completezza espositiva, si rammenta che l'articolo 50, comma 2, precisa che i metodi di selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate consistono nel ricorso ad **elenchi** e **indagini di mercato**, le cui modalità di applicazione sono demandate all'Allegato II.1 al Codice. Tale allegato, al pari di tutti gli altri previsti dal nuovo Codice, sarà sostituito, entro il 28 settembre 2023, da un decreto ministeriale.

L'articolo 50, comma 2, prevede inoltre un **espresso divieto di ricorso al metodo del sorteggio o ad altro metodo di estrazione casuale dei nominativi** al fine di individuare gli operatori economici da invitare.

Lo scopo di tale norma è quello di precludere che la selezione degli operatori economici da invitare avvenga tramite criteri randomizzati.

Una deroga a tale divieto è ammessa solo qualora le stazioni appaltanti non siano in grado di individuare un altro metodo alternativo al sorteggio, e dunque previa adeguata motivazione.

Ad esempio, qualora ci si trovi in un settore con molti operatori economici, l'utilizzo del sorteggio potrebbe essere invocato al fine di rispettare i tempi di conclusione previsti per la procedura (cfr. art. 17, comma 3 dell'allegato I.3 al Codice).

Il sorteggio opera, dunque, in questo caso come *extrema ratio* al fine di garantire il rispetto, tra gli altri, del principio del risultato di cui all'articolo 1 del Codice.

Ed infatti, il principio del risultato che permea l'intera disciplina dei contratti pubblici, richiede che venga garantita massima tempestività all'affidamento e all'esecuzione dello stesso e soprattutto, prevede che la concorrenza tra gli operatori economici è **funzionale al conseguimento del risultato**.

Infine, per garantire la corretta applicazione del principio di rotazione, nonché i corollari di

trasparenza e *par condicio*, è necessario che, dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, la Stazione Appaltante provveda alla pubblicazione sul proprio sito istituzionale dei **nominativi degli operatori consultati** (cfr. comma 2, ult. periodo, art. 50).

Va da sé che tale elenco di nominativi, qualora non sia rispettoso del principio di rotazione nei termini sopra esposti, potrebbe essere contestata da altri operatori economici pretermessi dalla competizione.

# Le norme transitorie contenute nel nuovo Codice dei contratti che riguardano gli interventi del PNRR/PNC

di Stefano Usai

IL  
PUN  
TO

## Premesse

Il decreto legislativo 36/2023 (nel prosieguo solo nuovo Codice dei contratti) contiene, nella parte III del libro V un microsistema normativo che disciplina il momento transitorio ovvero, per semplificare ovvero, regola il passaggio tra il pregresso (i pregressi) impianto/i normativi (o di prassi, si pensi alla maggior parte delle linee guida ANAC sostituite a far data dal 1° luglio 2023 dai vari allegati al nuovo Codice) e le attuali disposizioni.

Fermo restando che, in generale, la quasi totalità delle nuove previsioni (al netto di quanto previsto dall'articolo 225) si applicano per le procedure avviate (pubblicazione del bando/invio lettera di invito) a far data dal 1° luglio 2023 è di sicuro rilievo, soprattutto sotto il profilo pratico/operativo e stante la stretta attualità) soffermarsi sulle disposizioni transitorie che riguardano gli interventi del PNRR/PNC (e non solo) e quindi in relazione agli interventi finanziati anche solo in parte dai fondi, semplificando, del *recovery found*.

Si tratta di previsioni, come si vedrà a breve, di estremo rilievo stante la stretta esigenza di attuare, in tempi contingentati, gli interventi in parola che non chiariscono diversi dubbi applicativi.

## 1. Le disposizioni "transitorie" che riguardano il PNRR/PNC

Tra le previsioni del micro sistema normativo dedicato alla disciplina del momento transitorio, rivesto un rilievo determinate le disposizioni contenute nel comma 8 dell'articolo 225 ed il comma 6 dell'articolo 226.

Fermo restando, si ribadisce, che in generale le nuove previsioni si applicano per le procedure avviate dal 1° luglio del 2023, ovvero dalla data di efficacia del nuovo Codice e dall'abrogazione del Codice del 2016, l'articolo 225, al comma 8 stabilisce che:

**Il decreto legislativo 36/2023 (nel prosieguo solo nuovo Codice dei contratti) contiene, nella parte III del libro V un microsistema normativo che disciplina il momento transitorio ovvero, per semplificare ovvero, regola il passaggio tra il pregresso (i pregressi) impianto/i normativi (o di prassi, si pensi alla maggior parte delle linee guida ANAC sostituite a far data dal 1° luglio 2023 dai vari allegati al nuovo Codice) e le attuali disposizioni.**

*"In relazione alle procedure di affidamento e ai contratti riguardanti investimenti pubblici, anche suddivisi in lotti, finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR e dal PNC, nonché dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea, ivi comprese le infrastrutture di supporto ad essi connesse, anche se non finanziate con dette risorse, si applicano, anche dopo il 1° luglio 2023, le disposizioni di cui al decreto-legge n. 77 del 2021, convertito,*

*con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021, al decreto-legge 24 febbraio 2023, n. 13, nonché le specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli*

*obiettivi stabiliti dal PNRR, dal PNC nonché dal Piano nazionale integrato per l'energia e il clima 2030 di cui al regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018".*

La disposizione in parola, come detto, non può essere disgiunta da un essenziale chiarimento – che deve essere letto, evidentemente, in generale (e non solo con riferimento al PNRR/PNC) -, in cui si puntualizza che (art. 226, comma 5):

*"Ogni richiamo in disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 del 2016, o al codice dei contratti pubblici vigente alla data di entrata in vigore del codice, si intende riferito alle corrispondenti disposizioni del codice o, in mancanza, ai principi desumibili dal codice stesso".* La precisazione, già contemplata nello schema presentato dagli estensori del nuovo Codice, risulta fondamentale soprattutto se deve essere considerata come indicazione guida al RUP nel caso in cui dovesse confrontarsi con un richiamo al pregresso impianto normativo (ovvero il pregresso Codice del 2016).

E questo, evidentemente, accade in più di una circostanza nel caso degli interventi finanziati anche solo in parte dal PNRR/PNC (etc come da comma 8 dell'articolo 225) visto che, sia il DL 76/2020 sia il DL 77/2021, oltre che riferimenti "autonomi" contengono richiami a Il decreto legislativo 36/2023 (nel prosieguo solo nuovo Codice dei contratti) contiene, nella parte III del libro V un microsistema normativo che disciplina il momento transitorio ovvero, per semplificare ovvero, regola il passaggio tra il pregresso (i pregressi) impianto/normativi (o di prassi, si pensi alla maggior parte delle linee guida ANAC sostituite a far data dal 1° luglio 2023 dai vari allegati al nuovo Codice) e le attuali disposizioni.

Il punto pertanto è se nel caso di specie il RUP debba applicare le nuove norme – anche qualora risultassero meno "semplificate" rispetto al pregresso Codice o debba procedere applicando norme che comunque risultano abrogate.

Fermo restando che non esiste una risposta ufficiale, sotto il profilo pratico si deve ritenere che la spiegazione contenuta nel richiamato comma 5 dell'articolo 226 imponga al RUP di non applicare una norma abrogata. Di seguito si faranno specifici esempi.

## **2. Il micro impianto normativo transitorio per il PNRR/PNC**

Il comma 8 dell'articolo 225, praticamente, descrive il quadro normativo di riferimento per il RUP nel caso dell'attuazione di interventi finanziati anche solo in parte dal PNRR/NC ma anche per "le infrastrutture di supporto ad essi connesse, anche se non finanziate con dette risorse".

In questi casi, precisa il legislatore, il RUP deve "scrivere" la legge di gara applicando anche dopo il 1° luglio 2023 (si ripete, data di efficacia del nuovo

Codice per le nuove procedure di affidamento/aggiudicazione):

- a) le disposizioni di cui al decreto-legge n. 77 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021;
- b) le disposizioni del decreto-legge 24 febbraio 2023, n. 13;
- c) nonché le specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal PNRR, dal PNC;
- d) nonché dal Piano nazionale integrato per l'energia e il clima 2030 di cui al regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018.

**La prima questione pratico/operativa è se il responsabile unico del progetto debba, in presenza di differenti disposizioni scegliere la norma maggiormente "agevole/semplificata" operando tra pregresso Codice (abrogato) ed il nuovo Codice dei contratti.**



I richiami sopra riportati sono, evidentemente, piuttosto chiari, l'aspetto "problematico" però – come sempre trattandosi di attività comunque complessa (si intende l'attività contrattuale) come anche riconosciuto dagli estensori del nuovo Codice stante la profonda rivalutazione/riconsiderazione della figura del RUP in termini non di "semplice" responsabile di procedimento ma di autentico responsabile di progetto/intervento con nuovi, e penetranti, poteri decisorii oltre che istruttori -, riguarda il riferimento (come un'autentica clausola di chiusura e/o direttiva) per il RUP ad applicare anche "le specifiche disposizioni legislative finalizzate a

semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal PNRR, dal PNC”.

Da qui la prima questione pratico/operativa se il responsabile unico del progetto debba, in presenza di differenti disposizioni scegliere la norma maggiormente “agevole/semplificata” operando tra pregresso Codice (abrogato) ed il nuovo Codice dei contratti.

Se questa indicazione venisse confermata ufficialmente, il RUP dovrebbe definire la legge di gara con svariati riferimenti normativi determinando/creando non poche complessità anche agli operatori economici (come si vedrà più avanti si faranno alcuni esempi pratici). Prima dell’analisi su casi specifici è bene esplicitare/meglio chiarire i vari richiami normativi.

### 3. Le disposizioni del DL 77/2021 (convertito con legge 108/2021)

Il richiamo al secondo decreto emergenza che, oltre ad apportare alcune modifiche al primo decreto emergenza (DL 76/2020 convertito con legge 120/2020) contiene una serie di previsioni specifiche che riguardano – semplificando –, il PNRR/PNC (si pensi, per tutte all’articolo 47 in tema di parità di genere e inclusione sociale che obbliga il RUP ad inserire specifiche clausole di sbarramento o premiali nella legge di gara) e che, evidentemente, occorre comunque applicare.

Lo stesso decreto, però, contiene alcuni richiami ad istituti del Codice del 2016 che risultano essere “peggiorativi” (oltre che in deroga a richiami di carattere generale) rispetto alle omologhe previsioni contenute nel nuovo Codice dei contratti.

Si può fare un esempio per tutti. L’articolo 53 del DL 77/2023 contiene un regime semplificato per gli acquisti di beni/servizi informatici e di connettività anche solo finanziati in parte dal PNRR.

La previsione in parola consente l’affidamento diretto per l’intero sottosoglia (e quindi non solo nei limiti dei 140mila euro come

da attuale disposizione contenuta nell’articolo 50 del nuovo Codice) e, soprattutto, un richiamo all’articolo 48 dello stesso DL in commento che ammette l’utilizzo della procedura negoziata senza pubblicazione di bando, in presenza di pericolo/rischio di mancata/tardiva attuazione dell’intervento finanziato, anche solo in parte dal PNRR/PNC, con diretto richiamo (ovviamente) all’articolo 63 del pregresso Codice.

La motivazione che può giustificare l’utilizzo della procedura in deroga, per completezza è che sussistano, e vengano certificate, “ragioni di estrema urgenza derivanti da circostanze imprevedibili, non imputabili alla stazione appaltante, l’applicazione dei termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie può compromettere la realizzazione degli obiettivi o il rispetto dei tempi di attuazione di cui al PNRR nonché al PNC e ai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell’Unione Europea”.

Ipotizzando che il RUP si trovi in questa situazione specifica ha, per il suo lavoro istruttori, due specifici riferimenti di cui, il primo – per appalti nel sottosoglia acquisto beni/servizi informatici –, si curamene più vantaggioso visto che risulta legittimato ad utilizzare l’affidamento diretto.

Nel secondo caso, invece, il richiamo riguarda l’articolo 63 del pregresso Codice del 2016 che risulta più “gravoso” rispetto all’omologa (quasi) fattispecie contenuta nell’articolo 76 del nuovo Codice.

La fattispecie in parola, ultima richiamata, infatti, a differenza di quella pregressa prevede che nel caso di invito a competere di più operatori (non è escluso, infatti, che l’urgenza non consenta una micro competizione piuttosto che l’affidamento diretto per importi sopra soglia) il RUP può consultare almeno 3 operatori (e non 5 come prevede la pregressa previsione del Codice del 2016) senza applicare la rotazione (visto che nella nuova fattispecie non viene espressamente richiamata).

Nel pregresso Codice del 2016, invece, la rotazione – nonostante evidentemente l’urgenza di procedere –, risulta di obbligatoria applicazione.

**Il comma 8 dell’articolo 225, praticamente, descrive il quadro normativo di riferimento per il RUP nel caso dell’attuazione di interventi finanziati anche solo in parte dal PNRR/NC ma anche per “le infrastrutture di supporto ad essi connesse, anche se non finanziate con dette risorse”.**



In base al richiamo contenuto nell'articolo 225, comma 8, il RUP dovrebbe applicare la norma del Codice del 2016 in base al richiamo contenuto nel comma 5 dell'articolo 226, invece ed al contrario, il riferimento si intende alla nuova norma del Codice del 2023.

Si ritiene che per semplificare il RUP possa applicare direttamente la norma del nuovo Codice il problema, però, è quello dei richiami "chirurgici" ovvero in relazione al primo caso (affidamento diretto) può comunque applicare la norma che legittima l'affidamento diretto - senza richiesta di motivazione -, fino all'intero sottosoglia. Si tratta di tematiche, quindi, che richiedono un intervento ufficiale fermo restando che, dal dettato normativo sopra riportato, tale possibilità sembra confermata dal comma 8 dell'articolo 225.

#### **4. I richiami normativi del DL 76/2020 applicabili al PNRR/PNC oltre il 30 giugno 2023**

Il DL 76/2020, come visto sopra, non viene richiamato espressamente ma attraverso il richiamo al DL 13/2023 (convertito con legge 41/2023). Al netto di norme specifiche che riguardano in generale gli interventi del PNRR/PNC, il riferimento cardine in tema di procedure contrattuali si trova - limitando l'analisi -, contenuto nell'art. 14, commi 4 e 4-bis.

Il comma 4 citato, al fine di rendere maggiormente tempestiva la stipula e la successiva fase dell'esecuzione del contratto prevede che "limitatamente agli interventi finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal PNRR e dal PNC, si applicano - nda le disposizioni del DL 76/202 convertito con le 120/2020 -, fino al 31 dicembre 2023" (la norma originaria del DL 76/2020 prevede l'applicazione fino al 30 giugno 2023) le disposizioni del DL 76/2020 (di seguito si riportano i riferimenti normativi distinti in modo da agevolare la comprensione):

1. articolo 1 "Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia";

2. articolo 2 "Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sopra soglia ad esclusione del comma 4 del DL 76/2020" ad eccezione del comma 4;

3. articolo 5 "Sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica";

4. articolo 6 "Collegio consultivo tecnico";

5. articolo 8 "Altre disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici".

Il comma 4, art. 14 del DL 13/2023 differisce, inoltre, l'applicazione anche di altre norme in questo caso contenute nel DL 32/2019 (convertito con legge 55/2019, c.d. legge Sblocca Cantieri) ed in specie, risultano applicabili fino al 31 dicembre 2023 le disposizioni contenute nell'articolo 1 commi 1 e

3 del decreto ultimo citato.

Il comma 4 bis del DL 13/2023, come detto innestato dalla legge di conversione conferma l'applicabilità, fino al 31 dicembre 2023, delle disposizioni "di semplificazione" contenute nell'articolo 3 del DL 76/2020.

Si tratta, in particolare, di una previsione che "Per le medesime finalità" acceleratorie, ammette l'applicazione - agli interventi di questo tipo "delle disposizioni di cui all'articolo 3, commi da 1 a 6, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, si applicano fino al 31 dicembre 2026".

Il comma appena richiamato, rubricato "Verifiche antimafia e protocolli di legalità" generalizza la possibilità di utilizzare la c.d. "informativa liberatoria provvisoria" che consente l'immediata stipula del contratto sotto condizione risolutiva (fermo restando che, in ogni caso, le verifiche per il rilascio della documentazione antimafia deve essere completata entro i successivi 60 giorni).

Non v'è dubbio che il complesso normativo richiamo innesti, e consenta, la possibilità di estendere - oltre il 30 giugno 2023 (e fino al 31 dicembre 2023) -, effettive semplificazioni utili per l'attuazione degli interventi finanziati anche solo in parte dal PNRR/PNC ma, d'altra parte, contiene dei richiami "peggiorativi" rispetto all'attuale

**In relazione all'articolo 63, e quindi con il progresso Codice del 2016, invece, la rotazione - nonostante evidentemente l'urgenza di procedere -, risulta di obbligatoria applicazione.**



(omologa) disciplina contenuta nel nuovo Codice dei contratti.

Alcuni casi risultano effettivamente rilevanti, si pensi alla procedura negoziata disciplinata nell'articolo 1, comma 2, lett. b) del DL 76/2020 in cui si precisa che la rotazione deve essere applicata fin dalla fase degli inviti.

Ora, il riferimento in parola è differente dall'attuale previsione contenuta nell'articolo 49 del nuovo Codice che impone la rotazione solamente nei confronti del pregresso affidatario e non anche nei confronti dei soggetti solamente invitati alla procedura.

Da qui l'ovvia considerazione: il RUP deve applicare una, oramai, superata concezione della rotazione o deve affidarsi alla, maggiormente chiara e semplificata, disposizione contenuta nell'articolo 49?

Le problematiche, come anticipato sono diverse, si pensi alla stessa questione dei termini entro cui occorre individuare l'aggiudicatario. Le norme del DL 76/2020 sono sicuramente peggiorative (e in certi casi, ad esempio, per la procedura negoziata e per lo stesso affidamento diretto, sono più ampi). Le disposizioni, invece, contenute nell'allegato I.3 del nuovo Codice sono estremamente più chiare fin dalla specificazione del momento da cui decorre il termine (ovvero dall'atto che avvia la procedura di gara – pubblicazione del bando – o invio della lettera di invito nel caso di procedura negoziata).

Le norme del DL 76/2020, invece, tecnicamente prevedono detta decorrenza dalla data dell'atto che avvia il procedimento amministrativo (e non la procedura) e quindi, dovrebbe essere, nonostante opinioni differenti, la determinazione a contrarre. Si pensi al fatto, come anticipato, che il DL 76/2020 contingenta anche i termini entro cui giungere all'affidamento diretto (ipotesi quindi peggiorativa perché prevede addirittura 2 mesi) mentre il nuovo Codice, correttamente, non prevede alcun termine che sarebbe incompatibile con il fatto che l'affidamento diretto avviene con un unico atto.

**Alcuni casi risultano effettivamente rilevanti, si pensi alla procedura negoziata disciplinata nell'articolo 1, comma 2, lett. b) del DL 76/2020 in cui si precisa che la rotazione deve essere applicata fin dalla fase degli inviti.**



Si tratta di richiami, quindi, che – al di là di alcune oggettive semplificazioni, si pensi all'esecuzione in via d'urgenza prevista nell'articolo 8, comma 1 lettera a) del DL 76/2020, ammessa non appena individuato l'aggiudicatario, rispetto alle norme codicistiche che impongono la previa verifica positiva sui requisiti -, complicano l'attività istruttoria del RUP costretto a districarsi tra diversi impianti normativi per disciplina la procedura di affidamento/aggiudicazione.

Se si ritenesse prevalente, invece, il richiamo contenuto nell'articolo 226, comma 5 sopra riportato si è indotti a ritenere che il RUP possa comunque optare per l'applicazione, per le procedure contrattuali, direttamente con il nuovo impianto normativo rappresentato dal nuovo Codice dei contratti, fermo restando l'applicazione di norme generali specifiche che riguardano il PNRR/PNC.

# Adempimenti di rendicontazione del ciclo vita degli appalti secondo le previsioni del d.lgs. 36/2023, primi interventi dell'ANAC e delibere applicative

di Giuseppe Croce

IL  
PUN  
TO

Proseguendo nella disamina delle modalità definite dal nuovo codice degli appalti, circa tempistiche e modalità operative per l'adempimento degli obblighi di comunicazione dei dati il tracciamento del c.d. ciclo di vita dei contratti pubblici, ci imbattiamo nei recentissimi interventi dell'A.N.A.C. (Delibere dalla 261 alla 272 del 20 giugno 2023 – pubblicate in Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n. 151 del 30 giugno 2023, in vigore dal 1° luglio 2023 e efficaci pienamente dal 01 gennaio 2024).

Tali delibere, ciascuna per propria area di pertinenza, vanno a definire le informazioni utili e necessarie per favorire l'alimentazione della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici e più in generale per garantire il perfetto funzionamento del c.d. ecosistema di approvvigionamento digitale, fondato sulla interazione tra piattaforme, nel rispetto del principio di unicità di invio dei dati e delle informazioni.

In particolare la delibera n. 261, in attuazione del comma 5 dell'art. 23 del d.lgs. 36/2023, dedicata alla "individuazione delle informazioni che le stazioni appaltanti sono tenute a trasmettere alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici attraverso le piattaforme telematiche e i tempi entro i quali i titolari delle piattaforme e delle banche dati di cui agli articoli 22 e 23, comma 3, del codice garantiscono l'integrazione con i servizi abilitanti l'ecosistema di approvvigionamento digitale" va a stabilire che:

"Omissis

*Articolo 2 - Sezioni in cui si articola la BDNCP e relative funzionalità*

*2.1 La BDNCP si articola nelle seguenti sezioni:*

- a) Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti (AUSA)*
- b) Piattaforma contratti pubblici (PCP)*
- c) Piattaforma per la pubblicità legale degli atti*
- d) Fascicolo virtuale dell'operatore economico (FVOE)*
- e) Casellario Informatico*
- f) Anagrafe degli operatori economici*

*2.2 La BDNCP interopera con i soggetti fruitori dei servizi da questa erogati e con i soggetti erogatori dei servizi ad essa necessari, per il tramite della PDND, secondo le modalità stabilite nelle Linee guida AgiID sull'infrastruttura tecnologica della Piattaforma Digitale Nazionale Dati per l'interoperabilità dei sistemi informativi e delle basi di dati. Gli enti certificanti che non rientrano tra quelli dell'articolo 2 comma 2 del CAD e non aderiscono alla PDND interoperano con la BDNCP secondo le linee guida AgiID per l'interoperabilità tra le pubbliche amministrazioni.*

*2.3 La BDNCP assicura la tempestiva pubblicazione dei dati, anche attraverso la PUT, per le finalità di cui all'articolo 28 del codice.*

*2.4 Le Piattaforme digitali di approvvigionamento interoperano con i servizi erogati dalla BDNCP secondo le regole tecniche stabilite da AgiID nel provvedimento "Requisiti tecnici e modalità di certificazione delle Piattaforme di*

approvvigionamento digitale” adottate ai sensi dell’articolo 26 del codice.

Omissis

*Articolo 4 – Piattaforma Contratti Pubblici*

4.1 La Piattaforma Contratti Pubblici è il complesso dei servizi web e di interoperabilità attraverso i quali le piattaforme di approvvigionamento digitale delle stazioni appaltanti interoperano con la BDNCP per la gestione digitale del ciclo di vita dei contratti pubblici

4.2 Le informazioni che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti sono tenuti a trasmettere alla BDNCP attraverso la PCP e le relative modalità di comunicazione sono definite nel successivo art. 10.

Omissis

*Articolo 10 – Informazioni che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti sono tenuti a trasmettere alla BDNCP*  
10.1 Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti sono tenuti a trasmettere tempestivamente alla BDNCP, per il tramite delle piattaforme di approvvigionamento certificate, le informazioni riguardanti:

a) programmazione

1. il programma triennale ed elenchi annuali dei lavori;

2. il programma triennale degli acquisti di servizi e forniture

b) progettazione e pubblicazione

1. gli avvisi di pre-informazione

2. i bandi e gli avvisi di gara

3. avvisi relativi alla costituzione di elenchi di operatori economici

c) affidamento

1. gli avvisi di aggiudicazione ovvero i dati di aggiudicazione per gli affidamenti non soggetti a pubblicità

2. gli affidamenti diretti

**d) esecuzione**

**1. La stipula e l’avvio del contratto**

**2. gli stati di avanzamento**

**3. i subappalti**

**4. le modifiche contrattuali e le proroghe**

**5. le sospensioni dell’esecuzione**

**6. gli accordi bonari**

**7. le istanze di recesso**

**8. la conclusione del contratto**

**9. il collaudo finale**

e) ogni altra informazione che dovesse rendersi utile per l’assolvimento dei compiti assegnati all’ANAC dal codice e da successive modifiche e

integrazioni.

10.2 Le specifiche tecniche dei servizi di interoperabilità e i tracciati di trasmissione delle informazioni di cui al punto 10.1 sono pubblicati sul portale Developers Italia <https://developers.italia.it/> nella sezione dedicata alla PCP e raggiungibili attraverso il portale internet dell’ANAC;

10.3 L’ANAC si riserva di aggiornare le specifiche e i tracciati di cui al precedente punto 10.2 mediante la pubblicazione di aggiornamenti periodici, almeno 30 giorni prima dell’adozione.

10.4 Le informazioni, i dati e di documenti che devono essere acquisiti al FVOE sono individuati nel provvedimento di cui all’articolo 24.

10.5 Le informazioni che devono essere acquisite all’Anagrafe unica degli operatori economici sono individuate con il provvedimento dell’ANAC di cui al punto 7.

10.6 Le informazioni che devono essere acquisite al casellario informatico di cui all’articolo 222, comma 10, del codice sono individuate con il Regolamento di cui al punto 8.

10.7 Le informazioni che devono essere acquisite ai fini della pubblicità legale sono individuate nell’allegato I al provvedimento di cui all’articolo 27.

10.8 La trasmissione alla BDNCP dei dati e delle informazioni di cui al punto 10.1 assolve agli obblighi in materia di trasparenza. Per gli atti, i dati e le informazioni che non devono essere comunicati alla BDNCP, si applica il punto 3.4 del provvedimento di cui all’articolo 28 del codice.

*Articolo 11 - Termini per l’integrazione delle piattaforme telematiche di approvvigionamento digitale con i servizi abilitanti l’ecosistema di approvvigionamento digitale*

11.1 Al fine di acquisire la certificazione ai sensi dell’articolo 26 del codice le piattaforme telematiche di approvvigionamento digitale assicurano l’integrazione con i servizi abilitanti l’ecosistema di approvvigionamento digitale entro il 31/12/2023

*Articolo 12– Sanzioni*

12.1 Gli enti certificanti pongono in essere le attività necessarie a garantire la piena interoperabilità delle proprie banche dati con la PDND entro il 31/12/2023.

12.2 Ai sensi dell’articolo 23, comma 8, del codice, l’omissione di informazioni richieste e il rifiuto o l’omissione di attività necessarie a garantire l’interoperabilità delle banche dati coinvolte nel ciclo di vita dei contratti pubblici costituisce violazione di obblighi di transizione digitale punibili ai sensi dell’articolo 18-bis del decreto legislativo

n. 82 del 2005. A tal fine, l'ANAC effettua apposita segnalazione all'AgID per l'esercizio dei poteri sanzionatori alla stessa attribuiti.

12.3 Ai sensi dell'articolo 24, comma 3, del codice, la violazione, da parte degli Enti certificanti, dell'obbligo di garantire alla BDNCP l'accesso per interoperabilità alle proprie banche dati ai sensi dell'articolo 23, comma 3, del codice e la disponibilità in tempo reale delle informazioni e delle certificazioni digitali necessarie ad assicurare l'intero ciclo di vita digitale di contratti pubblici è sanzionata ai sensi dell'articolo 23, comma 8, del codice.

12.4 La violazione degli obblighi di trasmissione di cui all'articolo 23, comma 5, del codice da parte delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti è sanzionata ai sensi dell'articolo 222, commi 9 e 13, del codice medesimo.

12.5 La violazione, da parte delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti, degli obblighi previsti nel Libro I, Parte II, del codice, in materia di digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici è sanzionata ai sensi dell'articolo 222, comma 3, del codice. La sottoposizione a sanzioni pecuniarie e l'eventuale recidiva sono valutate ai fini della qualificazione delle stazioni appaltanti ai sensi dell'articolo 63."

A corredo della predetta delibera, va letta anche la Delibera n. 271 che regola l'esercizio del potere sanzionatorio dell'ANAC relativamente (tra le varie fattispecie) alla violazione degli obblighi informativi e di comunicazione verso l'Autorità come previsti proprio dall'art. 220 co. 1, dall'art. 222 commi 9 e 13 e dall'Allegato II.12 e II.14 al codice.

"Omissis

Art. 2 – Oggetto

1. Il presente Regolamento disciplina il procedimento per l'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità per l'irrogazione delle sanzioni amministrative, interdittive e pecuniarie nei casi di:

- a) violazione degli obblighi informativi e di comunicazione verso l'Autorità previsti dagli artt. 220, comma 1, 222, commi 9 e 13, dall'Allegato II.12 e II.14 al codice;
- b) falsa dichiarazione o esibizione di documenti non veritieri all'Autorità, alle S.A., agli enti concedenti o alle S.O.A. ex artt. 222, comma 13, 96, comma 15, e 100, comma 13 del codice;
- c) violazione dell'obbligo di comunicazione o falsa comunicazione all'Autorità delle determinazioni adottate al fine di adeguarsi al parere di

precontenzioso, nonché violazione dell'obbligo di comunicazione della presentazione o della sopravvenienza di un ricorso giurisdizionale ex artt. 220, comma 1 e 222, comma 13 del codice;

d) violazione degli obblighi informativi verso le SOA da parte delle imprese qualificate ex artt. 100, comma 4 del codice e 14, comma 4 dell'Allegato II.12 del codice;

e) violazione delle previsioni dell'art. 13, commi da 1 a 5 dell'Allegato II.12 al codice, da parte delle SOA;

f) dichiarazioni dolosamente tese a dimostrare il possesso di requisiti di qualificazione non sussistenti da parte delle stazioni appaltanti e/o centrali di committenza ai sensi e per gli effetti del combinato disposto degli articoli 63, comma 11, del codice dei contratti pubblici e 12, dell'allegato II.4 dello stesso codice;

g) violazioni accertate nell'ambito dell'attività di vigilanza sulla corretta esecuzione dei contratti pubblici ex art. 222, comma 3, lettere a) e b) del codice;

h) inadempienze rispetto all'assegnazione d'ufficio disposta da ANAC ai sensi dell'art. 62, comma 10.

Art. 3 – Violazione degli obblighi informativi e di comunicazione verso l'Autorità

1. Si ha violazione degli obblighi informativi e di comunicazione qualora:

- a) i soggetti, tenuti ad un obbligo informativo nei confronti dell'Autorità, rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dall'Autorità ovvero forniscono informazioni o esibiscono i documenti richiesti in ritardo, ai sensi dell'art. 222, comma 13, codice;
- b) gli o.e. non ottemperano alla richiesta della S.A., dell'ente concedente o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, ai sensi dell'art. 222, comma 13, codice;
- c) gli o.e. omettono di fornire informazioni o di esibire i documenti inerenti alla qualificazione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 222, comma 13 del codice e 14, comma 1 dell'Allegato II.12 al codice;
- d) le S.A. o gli enti concedenti omettono o ritardano l'invio dei dati, sia nella fase antecedente all'aggiudicazione, sia nella fase di esecuzione del contratto, nella Banca dati dei contratti pubblici dell'Autorità di cui all'art. 222, comma 9 del codice;
- e) le S.A. o gli enti concedenti omettono o ritardano l'inserimento dei C.E.L. nella banca dati, ai sensi degli artt. 222, commi 9 e 13 del codice e 21, comma 7 dell'Allegato II.12 al codice;

f) le S.A. o gli enti concedenti omettono di rispondere alla richiesta dell'o.e. per l'ottenimento dei C.E.L. per la propria qualificazione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 222, comma 13, codice e 8, comma 1, lettera U dell'Allegato II.12 al codice;

g) le S.A. o gli enti concedenti riportano nel certificato di esecuzione dei lavori categorie di qualificazione diverse da quelle previste nel bando di gara o nell'avviso o nella lettera di invito ai sensi del comma 1 dell'art. 24, Allegato II.12, al codice;

h) le S.A. o gli enti concedenti omettono o ritardano di comunicare all'Autorità le modificazioni al contratto di cui all'art. 120, comma 1, lett. b) e 3 nonché, per i contratti pubblici di importo pari o superiore alla soglia di rilevanza europea, le varianti in corso d'opera di importo eccedente il 10 per cento dell'importo originario del contratto, incluse le varianti in corso d'opera riferite alle infrastrutture prioritarie, ai sensi dell'art. 5, commi 11 e 12, allegato II.14 e 222, comma 13 del codice;

i) le S.A. o gli enti concedenti omettono o ritardano di comunicare all'Autorità le sospensioni di lavori che superino il quarto del tempo contrattuale complessivo, ai sensi dell'art. 121, comma 7 del codice;

j) le S.A. o gli enti concedenti omettono di comunicare all'Autorità le ipotesi di ritardo nella consegna dei lavori per causa imputabile alla stazione appaltante, l'accoglimento dell'istanza di recesso dell'esecutore o il mancato accoglimento ovvero la sospensione della consegna dei lavori da parte della stazione appaltante per ragioni non di forza maggiore ai sensi del comma 7, dell'art. 3, allegato II.14 al codice;

k) le S.A. o gli enti concedenti omettono o ritardano di segnalare all'Autorità, in violazione della disposizione di cui all'art. 10, comma 2, le fattispecie di cui all'art. 96, comma 15, e art. 222, comma 13 del codice;

l) le S.A. o gli enti concedenti omettono di comunicare la decisione di conformarsi o non conformarsi al parere di precontenzioso, ovvero gli stessi e gli O.E. nell'ambito di un procedimento di precontenzioso omettono di comunicare la presentazione o la sopravvenienza di un ricorso giurisdizionale ai sensi del combinato disposto dell'art. 220, comma 1 e art. 222, comma 13 del codice;

m) gli o.e. omettono o ritardano, ai sensi dell'art. 14, comma 6 dell'Allegato II.12 al codice, di comunicare all'Autorità le variazioni dei requisiti di cui all'art. 18, comma 1 e della direzione tecnica di cui all'art. 25, comma 6 del medesimo Allegato;

n) gli o.e. qualificati che hanno trasferito l'azienda

o un loro ramo, ovvero le imprese interessate da atti di fusione, omettono o ritardano, ai sensi dell'art. 16, comma 12 dell'Allegato II.12 al codice, di comunicare all'Autorità gli atti di fusione o di altra operazione di trasferimento di azienda

o) le S.A. o gli enti concedenti omettono, senza giustificato motivo, di comunicare all'ANAC la perdita dei requisiti di qualificazione ai sensi dell'art. 63, comma 11, lett. c) del codice;

p) le S.A. o gli enti concedenti omettono di motivare in merito alla mancata disponibilità a svolgere la procedura di gara a seguito della designazione d'ufficio da parte di ANAC ai sensi dell'art. 62, comma 10;

q) gli o.e. non ottemperano alla richiesta delle S.O.A ai sensi dell'art. 14, comma 4 dell'Allegato II.12 al codice per le finalità di cui all'art. 11, comma 1, lettera f) del medesimo Allegato.

**Art. 4 – Falsa dichiarazione o esibizione di documenti non veritieri**

1. Si ha falsa dichiarazione o esibizione di documenti non veritieri nei casi in cui:

a) i soggetti, tenuti ad un obbligo informativo nei confronti dell'Autorità, effettuano dichiarazioni false o esibiscono documenti non veritieri, ai sensi dell'art. 222, comma 13 del codice;

b) gli o.e. effettuano in sede di gara ed ai fini dell'affidamento false dichiarazioni o forniscono documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti generali ovvero dei requisiti speciali, nonché relativamente all'offerta economicamente più vantaggiosa e all'anomalia dell'offerta alle S.A. o agli enti concedenti, ai sensi del combinato disposto degli artt. 96, comma 15 e dell'art. 222, comma 13, codice, nonché dell'art. 94, comma 5, lettere e) ed f) del codice;

c) le S.A. o gli enti concedenti effettuano false comunicazioni circa la decisione di conformarsi o non conformarsi al parere di precontenzioso, ai sensi del combinato disposto dell'art. 220, comma 1 e art. 222, comma 13 del codice;

d) gli o.e., ai fini della qualificazione, rendono dichiarazioni false o producono documenti non veritieri, ai sensi degli artt. 100, comma 13 del codice e 18, commi 4 e 23 dell'Allegato II.12 al codice;

e) gli o.e. forniscono dati o esibiscono documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti di qualificazione alle S.A. o agli enti concedenti;

f) le S.A. o gli enti concedenti, ai sensi e per gli effetti del combinato disposto degli articoli 63, comma 11, e 12, dell'allegato II.4, del codice dei contratti pubblici, rilasciano dichiarazioni fuorvianti e non veritiere tese a dimostrare il possesso

*di requisiti di qualificazione non sussistenti, ivi comprese, in particolare:*

- per le centrali di committenza la dichiarata presenza di un'organizzazione stabile nella quale il personale continui di fatto a operare per l'amministrazione di provenienza;*
- dichiarata presenza di personale addetto alla struttura organizzativa stabile, che sia di fatto impegnato in altre attività;*
- dichiarazioni non veritiere sul sistema di formazione e aggiornamento del personale.*

*g) le S.A. o gli enti concedenti rilasciano dichiarazioni fuorvianti o non veritiere tese a dimostrare l'impossibilità di svolgere la procedura di gara a seguito della designazione d'ufficio da parte di ANAC.*

*Omissis."*

## Pareri & Sentenze



### **Consiglio di Stato, Sez. V, 04/07/2023, n. 6530**

*L'iscrizione alla white list deve essere posseduta a pena di esclusione dal concorrente, cioè il Consorzio, non potendo essere "mutuato" dalla consorziata esecutrice attraverso il c.d. cumulo alla rinfusa*

"Alla luce delle richiamate disposizioni normative e della lex specialis di gara che regolano la fattispecie, non può dunque condividersi la tesi del Consorzio appellante secondo cui non sarebbe necessaria- e anzi neppure ammessa- la sua iscrizione alla white list, in quanto, stante la peculiare relazione fra Consorzio e consorziata, risulterebbe idonea e sufficiente il possesso di tale iscrizione in capo alla consorziata individuata come esecutrice dei lavori. Infatti, trattandosi di un requisito di ordine generale l'iscrizione alla white list doveva essere posseduta a pena di esclusione dal concorrente, cioè il Consorzio, e non poteva essere "mutuato" dalla consorziata esecutrice: e ciò a prescindere da chi esegua le lavorazioni in parola, non operando per i requisiti di partecipazione morale, connotati da irrinunciabili elementi soggettivi, il meccanismo del c.d. cumulo alla rinfusa ex art. 47 del Codice dei contratti pubblici, che rileva per i soli requisiti di idoneità tecnica e finanziaria."

### **TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, 29/6/2023, n. 946**

*L'omesso pagamento del contributo ANAC costituisce causa di esclusione*

"- il pagamento del contributo A.n.a.c. previsto dall'art. 1, comma 67 L. n. 266/2005 «ha natura di "contribuzione obbligatoria" (cfr., Corte costituzionale 6 luglio 2007, n. 256) di scopo che è espressamente finalizzata alla copertura dei costi relativi al funzionamento dell'ANAC posti (in parte) a carico, per quanto qui occorre evidenziare, degli operatori economici sottoposti alla vigilanza dell'Autorità la cui mancata corresponsione è sanzionata, per legge, con l'inammissibilità dell'offerta, in deroga alla disciplina generale di cui all'art. 80, comma 4,» del D. Lgs. n. 50/2016 (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 7 ottobre 2021, n. 10331); - tale contributo A.n.a.c. costituisce inoltre "condizione di ammissibilità dell'offerta", cosicché il mancato versamento entro il termine di presentazione della domanda di partecipazione «comporta automaticamente e obiettivamente l'inammissibilità dell'offerta e conseguentemente l'esclusione del concorrente, autore di un'offerta non ammissibile per legge, analogamente a quanto stabilisce l'art. 59, comma 4, d.lgs. n. 50/2016, per le offerte "considerate inammissibili" al ricorrere dei presupposti ivi indicati» (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 7 ottobre 2021, n. 10331; Consiglio di Stato, Sez. III, 12 marzo 2018, n. 1572); - sebbene il Collegio sia consapevole della sussistenza di orientamenti giurisprudenziali non univoci in materia, alla luce degli indicati e condivisibili assunti interpretativi l'omesso versamento del contributo non dà luogo quindi a una causa di esclusione in senso stretto per mancanza dei requisiti partecipativi di ordine generale o speciale e pertanto, per un verso, ad esso non si attagliano le censure della ricorrente relative alla disciplina sulle cause di esclusione dalla gara e al principio del favor participationis, mentre sotto concorrente profilo la prescrizione contenuta nell'art. 12.4 della lex specialis risulta ragionevole e conforme art. 1, comma 67, L. n. 266/2005; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 15 maggio 2023, n. 747);"

**TAR Campania Napoli, Sez. VIII, 28/6/2023, n. 3892**

*In tema di composizione delle commissioni giudicatrici "il requisito delle competenze nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto - che i componenti della commissione di gara debbono possedere - deve essere interpretato nel senso che la competenza e l'esperienza richieste ai commissari devono essere riferite ad aree tematiche omogenee, e non anche alle singole e specifiche attività oggetto del contratto"*

"In tema di componenti le commissioni delle gare di appalto, il Consiglio di Stato (n. 3418/2021) ha costantemente affermato che, da un lato, la legittima composizione della commissione presuppone solo la prevalente, seppure non esclusiva, presenza di membri esperti del settore oggetto dell'appalto; dall'altro il requisito enunciato deve essere inteso in modo coerente con la poliedricità delle competenze richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare, considerando anche, secondo un approccio di natura sistematica e contestualizzata, le professionalità occorrenti a valutare sia le esigenze dell'amministrazione sia i concreti aspetti gestionali ed organizzativi sui quali i criteri valutativi siano destinati ad incidere; non è in proposito necessario che l'esperienza professionale di ciascun componente copra tutti gli aspetti oggetto della gara, potendosi le professionalità dei vari membri integrare reciprocamente, in modo da completare ed arricchire il patrimonio di cognizioni della commissione, purché idoneo, nel suo insieme, ad esprimere le necessarie valutazioni di natura complessa, composita ed eterogenea. E, ancora, <<...il requisito delle competenze nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto - che i componenti della commissione di gara debbono possedere - deve essere interpretato nel senso che la competenza e l'esperienza richieste ai commissari devono essere riferite ad aree tematiche omogenee, e non anche alle singole e specifiche attività oggetto del contratto (Cons. Stato, sez. IV, 8 aprile 2021, n. 2822; conformi ex multis sez. V, 11 settembre 2019, n. 6135; sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1556)>>."

**TAR Lombardia Milano, Sez. IV, 21/6/2023, n. 1566**

*"Sul sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio della propria attività valutativa da parte della Commissione giudicatrice di gara"*

"Per costante giurisprudenza amministrativa "il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio della propria attività valutativa da parte della Commissione giudicatrice di gara non può sostituirsi a quello della pubblica amministrazione, in quanto la valutazione delle offerte nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione giudicatrice rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta a tale organo. (...) Le censure che attingono il merito di tale valutazione (opinabile) sono inammissibili, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutivo, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 c.p.a., fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica (v., tra le più recenti, Cons. St., sez. V, 8 gennaio 2019, n. 173; Cons. St., sez. III, 21 novembre 2018, n. 6572). (...) Ne deriva che, come da consolidato indirizzo giurisprudenziale, per sconfessare il giudizio della Commissione giudicatrice non è sufficiente evidenziarne la mera non condivisibilità, dovendosi piuttosto dimostrare la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto (...)" (Consiglio di Stato, III, 2 settembre 2019, n. 6058; altresì, IV, 15 marzo 2022, n. 1797; V, 3 giugno 2021, n. 4224; III, 28 settembre 2020, n. 5634; T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 3 novembre 2022, n. 2438; 27 maggio 2022, n. 1227; 23 febbraio 2022, n. 452; T.A.R. Valle d'Aosta, I, 20 dicembre 2021, n. 73; T.A.R. Lombardia, Milano, II, 14 giugno 2021, n. 1445; 9 aprile 2021, n. 915)."

**Consiglio di Stato, Sez. V, 9/6/2023, n. 5665**

*In ordine al concetto di "ribasso" del costo della manodopera nel nuovo codice degli appalti*

"L'art. 23 comma 16, invocato dall'appellante a sostegno delle proprie ragioni, dispone che "I costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso". I costi della sicurezza e solo quelli. Al fine di leggere e applicare correttamente la clausola della *lex specialis*, è significativo richiamare, solo quale supporto interpretativo, l'art. 41 comma 14 del d.lgs. 36/2023 che, significativamente, opera una netta "inversione di rotta" rispetto al d.lgs. 50/2016 laddove dispone: "14. Nei contratti di lavori e servizi, per determinare l'importo posto a base di gara, la stazione appaltante o l'ente concedente individua nei documenti di gara i costi della manodopera secondo quanto previsto dal comma 13. I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale".

Persino nel "nuovo Codice", che in applicazione di un preciso criterio di delega di cui all'art. 1 comma 2 lett. t) della L. 78/2022, ha previsto "in ogni caso che i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso" è stata fatta salva la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che un ribasso che coinvolga il costo della manodopera sia derivante da una più efficiente organizzazione aziendale così armonizzando il criterio di delega con l'art. 41 della Costituzione."

**TAR Lazio Roma, Sez. IV, 30/5/2023, n. 9149**

*"Affinché possa pretendersi dalla parte pubblica l'attivazione del soccorso istruttorio è necessario, anche alla luce dei principi sopra richiamati, che gli errori formali commessi dagli operatori economici siano oggettivamente "riconoscibili"."*

"D'altra parte, è noto che, affinché ricorra un'ipotesi di errore materiale idoneo a far scaturire l'obbligo di richiedere chiarimenti e/o di correzione d'ufficio, "occorre che esso sia il frutto di una svista che determini una discrasia tra la manifestazione della volontà esternata nell'atto e la volontà sostanziale dell'autorità emanante, obiettivamente rilevabile dall'atto medesimo e riconoscibile come errore palese secondo un criterio di normalità, senza necessità di ricorrere ad un particolare sforzo valutativo o interpretativo" (fra le tante: Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2014, n. 3558). Tale impostazione trova conferma anche nei più recenti arresti – resi in ordine alle offerte di gara ma, *mutatis mutandis*, riferibili anche ai requisiti di partecipazione – per cui "sono rettificabili eventuali errori di scritturazione e di calcolo, ma sempre a condizione che alla rettifica si possa pervenire con ragionevole certezza, e comunque senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima o a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente" (ex multis: Cons. Stato, Sez. V, 9 dicembre 2020, n. 7752). In altri termini, affinché possa pretendersi dalla parte pubblica l'attivazione del soccorso istruttorio è necessario, anche alla luce dei principi sopra richiamati, che gli errori formali commessi dagli operatori economici siano oggettivamente "riconoscibili"."

**Autorità Nazionale Anticorruzione****DELIBERA N. 227 del 24 maggio 2023  
UPREC/PRE/509/2023/PREC-S**

*"Per la dimostrazione della capacità economica e finanziaria, il triennio da prendere in considerazione per verificare la sussistenza del requisito è quello solare decorrente dal 1° gennaio e ricomprende i tre anni solari antecedenti la data del bando, in quanto occorre fare riferimento alla nozione di esercizio inteso come anno solare, mentre per la capacità tecnica e professionale il triennio di riferimento è quello effettivamente antecedente la data di pubblicazione del bando e, quindi, non coincide necessariamente con il triennio utile ai fini della maturazione del requisito di capacità economica e finanziaria."*

"... secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza formatasi già in relazione al d.lgs. n. 163/2006, solo per la dimostrazione della capacità economica e finanziaria il triennio da prendere in considerazione per verificare la sussistenza del requisito è quello solare decorrente dal 1° gennaio e ricomprende i tre anni solari antecedenti la data del bando, in quanto occorre fare riferimento alla nozione di esercizio inteso come anno solare, mentre per la capacità tecnica e professionale il triennio di riferimento è quello effettivamente antecedente la data di pubblicazione del bando e, quindi, non coincide necessariamente con il triennio relativo al requisito di capacità economica e finanziaria" (Cfr. ex multis, T.A.R. Puglia (Bari) II, n. 1036/2018; Cons. St., III, n. 3285/2015, Cons. St., VI, n. 2306/2014). Il legislatore del 2023 ha cristallizzato tale insegnamento nel comma 11 dell'art. 100 del nuovo codice dei contratti, laddove ha previsto che, nelle more dell'adozione del nuovo sistema di qualificazione per gli appalti di servizi e forniture, la stazione appaltante può richiedere, come requisito di capacità economica e finanziaria, un fatturato globale non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto "maturato nel triennio precedente a quello di indizione della procedura" e, come requisito di capacità tecnica e professionale, l'esecuzione di contratti analoghi "nel precedente triennio dalla data di indizione della procedura di gara", distinguendo chiaramente il triennio di riferimento per le due tipologie di requisiti;"

**Autorità Nazionale Anticorruzione****DELIBERA N. 187 del 3 maggio 2023  
UPREC-PRE 504/2023/L/PREC**

*"La verifica di congruità del costo del lavoro infatti è obbligatoria, anche per le offerte non anomale, e attiene esclusivamente al rispetto dei minimi salariali retributivi, così come indicate dalle tabelle ministeriali di riferimento che a loro volta indicano il costo dell'ora lavorativa effettiva, comprensiva dei costi di sostituzione che il datore di lavoro deve sopportare per malattia, ferie, permessi e assenteismo"*

"... la verifica della congruità dei costi della manodopera attiene esclusivamente a quelli indicati dal concorrente in offerta e trova fondamento nella previsione di cui all'art. 95, comma 10 del Codice, secondo cui "le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)", la quale previsione sancisce a sua volta che non c'è congruità quando "il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16", la verifica di congruità del costo del lavoro infatti è obbligatoria, anche per le offerte non anomale, e attiene esclusivamente al rispetto dei minimi salariali retributivi, così come indicate dalle tabelle ministeriali di riferimento (ex multis TAR Puglia – Bari n. 706/2021); ... per costante giurisprudenza il costo medio orario riferito a ciascun livello retributivo, recato dalle periodiche tabelle ministeriali, indica il costo dell'ora lavorativa effettiva, comprensiva dei costi di sostituzione che il datore di lavoro deve sopportare per malattia, ferie, permessi e assenteismo (ex multis, Consiglio di Stato, sez. III, 9 novembre 2018, n. 6326; Consiglio di Stato, sez. III, 25 novembre 2016, n. 4989)."

**Autorità Nazionale Anticorruzione****DELIBERA N. 185 del 3 maggio 2023****UPREC/PRE/502/2023/L/PREC**

*"In ragione della diversa funzione assolta dal subappalto necessario rispetto a quello facoltativo, l'operatore economico, sfornito dei requisiti per l'esecuzione in proprio delle lavorazioni scorparabili a qualificazione obbligatoria, è tenuto a rendere una chiara ed univoca manifestazione di volontà circa l'intenzione di ricorrere al subappalto necessario."*

"... alla luce delle diverse funzioni assolte dal subappalto qualificante rispetto a quello facoltativo, la giurisprudenza ha precisato che il concorrente è tenuto, in sede di presentazione dell'offerta, a dichiarare la volontà di ricorrere al subappalto per supplire al requisito di qualificazione mancante. "Detto più chiaramente, l'operatore economico deve dichiarare sin dalla domanda di partecipazione la volontà di avvalersi del subappalto c.d. necessario (in tal senso, Cons. Stato, sez. V, 1° luglio 2022, n. 5491, ove è ben evidenziata la diversità di presupposti e di funzioni delle due dichiarazioni, di ricorrere al subappalto facoltativo oppure a quello necessario, in quanto "...nella dichiarazione di subappalto "necessario" viene in rilievo non una mera esternazione di volontà dell'operatore economico quale è la dichiarazione di subappalto "facoltativo", bensì una delle modalità di attestazione del possesso di un requisito di partecipazione, che non tollera di suo il ricorso a formule generiche o comunque predisposte ad altri fini, pena la violazione dei principi di par condicio e di trasparenza che permeano le gare pubbliche"; cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 31 marzo 2022, n. 2365). La mancata dichiarazione della volontà di far ricorso al subappalto c.d. necessario non può essere oggetto di soccorso istruttorio una volta che la stazione appaltante abbia accertato la carenza dei requisiti di partecipazione coerenti con la percentuale di lavori che l'impresa s'è impegnata a realizzare (secondo Cons. Stato, n. 5491 del 2022, già precedentemente citata, ove fosse consentito il soccorso istruttorio la stazione appaltante darebbe la facoltà ad un operatore di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione dell'offerta in contrasto con la par condicio competitorum; nello stesso senso cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2019, n. 471) (Cons. Stato, sez. V, 29 dicembre 2022, n. 11596);"

**Autorità Nazionale Anticorruzione****DELIBERA N. 183 del 3 maggio 2023****UPREC/PRE/475/2023/PREC/S**

*"Il principio di immodificabilità dell'offerta non consente di accettare come giustificativo del prezzo offerto il chiarimento che determini una variazione postuma dei contenuti dell'offerta economica, non sorretta da elementi chiari e univoci desumibili dall'offerta stessa."*

"... in materia vige il principio generale della immodificabilità dell'offerta, deducibile dal comma 9 dell'art. 83 d.lgs. n. 50/2016, che è regola posta a tutela della imparzialità e della trasparenza dell'agire della stazione appaltante, nonché a ineludibile tutela del principio della concorrenza e della parità di trattamento tra gli operatori economici. In applicazione di tale principio, la giurisprudenza amministrativa ritiene ammissibile un'attività interpretativa da parte della stazione appaltante della volontà dell'impresa quando questa sia finalizzata a superare eventuali ambiguità nella formulazione dell'offerta e sempre che sia possibile ricostruire, con esiti certi, l'effettiva volontà del dichiarante senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima o a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente (in tal senso, Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 113 che richiama i principi posti da Cons. Stato, sez. IV, 6 maggio 2016, n. 1827; TAR Piemonte, sez. I, 5 luglio 2020, n. 444);"

# A Domanda Rispondiamo

A.  
D.  
R.**1**

**Il DGUE attualmente in uso potrà essere utilizzato nelle procedure di gara del nuovo codice degli appalti?**

Con nota protocollo n. 6212 del 30/06/2023, viene emanato un comunicato quale aggiornamento delle Linee guida adottate dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti con circolare n. 3 del 18.7.2016, dal quale si evince, in particolare che, i riferimenti normativi al D. Lgs. 50/2016 contenuti nel DGUE devono intendersi come sostituiti dai corrispondenti riferimenti di cui al D. Lgs. 36/2023. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, nelle more del tempestivo aggiornamento degli allegati delle menzionate Linee guida di AgID e del conseguente recepimento delle modifiche da parte degli stessi, continuano a utilizzare la modulistica attualmente in uso.

Per le procedure di cui all'articolo 50, comma 1, lettere a) e b) di importo inferiore a 40.000 euro, l'articolo 52 del Codice prevede che gli operatori economici attestano il possesso dei requisiti con dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà. Atteso che anche il DGUE consiste in una dichiarazione avente i requisiti di cui all'articolo 47 del d.P.R. 445/2000, in tali fattispecie, la stazione appaltante ha facoltà di scegliere se predisporre un modello semplificato di dichiarazione oppure se adottare il DGUE, privilegiando esigenze di standardizzazione e uniformità."

**2**

**Quali le procedure di gara per le quali sono ancora operanti le disposizioni di cui al D.lgs. 50/16?**

**L'art. 226 comma 2 del D.Lgs. 36/2023 chiarisce che:**

"A decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2, le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016 continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso. A tal fine, per procedimenti in corso si intendono:

- a) le procedure e i contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia;
- b) in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, le procedure e i contratti in relazione ai quali, alla data in cui il codice acquista efficacia, siano stati già inviati gli avvisi a presentare le offerte;
- c) per le opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione, oggetto di convenzioni urbanistiche o atti assimilati comunque denominati, i procedimenti in cui le predette convenzioni o atti siano stati stipulati prima della data in cui il codice acquista efficacia;
- d) per le procedure di accordo bonario di cui agli articoli 210 e 211, di transazione e di arbitrato, le procedure relative a controversie aventi a oggetto contratti pubblici, per i quali i bandi o gli avvisi siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia, ovvero, in caso di mancanza di pubblicazione di bandi o avvisi, gli avvisi a presentare le offerte siano stati inviati prima della suddetta data."

### 3

**L'art. 101 del D.lgs. n. 36/2023 prevede un termine minimo che la stazione appaltante deve rispettare quando attiva il soccorso istruttorio?**

L'art. 101 comma 3 del codice dei contratti prevede che l'operatore economico risponda al soccorso istruttorio nel termine fissato dalla stazione appaltante, che non può essere inferiore a cinque giorni. Quindi, nella nuova regolamentazione assume rilievo la previsione di un termine minimo (cinque giorni). Del quale le stazioni appaltanti devono tener conto nell'impostazione delle procedure e che costituisce adeguata garanzia per gli operatori economici nella formazione e nella produzione degli elementi integrativi.

### 4

**Quali sono le novità introdotte dal nuovo codice dei contratti il D.Lgs. n. 36/2023 in materia di avvalimento?**

Le principali novità si sostanziano nel fatto che l'avvalimento è ammesso non solo per acquisire un requisito di partecipazione ma anche per ottenere un punteggio più elevato e quindi migliorare la propria offerta tecnica, grazie ai requisiti prestati dalla ditta ausiliaria. Si tratta, in questo ultimo caso di un "avvalimento premiale". In questo caso vi è, però un limite, dato che non è consentito che alla medesima gara possano partecipare sia la ditta ausiliaria che l'ausiliata.

Le nuove disposizioni codicistiche inoltre chiariscono la natura onerosa del contratto di avvalimento, precisano che lo stesso potrebbe anche rispondere ad un interesse indiretto dell'impresa ausiliaria (es. approccio indiretto a un nuovo mercato).

### 5

**Come cambiano le modalità di versamento dell'imposta di bollo per la stipula del contratto con il nuovo codice?**

Nel provvedimento n. 240013/2023 emesso dall'Agenzia dell'Entrate, per i procedimenti avviati a decorrere dal 1° luglio 2023, l'imposta di bollo di cui al punto è versata, con modalità telematiche, utilizzando il modello "F24 Versamenti con elementi identificativi" (F24 ELIDE).

Il modello di versamento deve contenere l'indicazione dei codici fiscali delle parti e del Codice Identificativo di Gara (CIG) o, in sua mancanza, di altro identificativo univoco del contratto.

Con successiva risoluzione, sono istituiti i codici tributo da utilizzare per il versamento e fornite le relative istruzioni.

Le ulteriori modalità di versamento dell'imposta di bollo dovuta per i contratti pubblici, anche attraverso l'utilizzo degli strumenti offerti dalla piattaforma di cui all'art. 5 del Codice dell'Amministrazione Digitale (pagoPA), coerenti con la piena digitalizzazione del procurement possono essere stabilite con successivi provvedimenti del Direttore dell'Agenzia delle entrate.

## 6

**La garanzia delle pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate deve essere prevista in tutti gli affidamenti?**

Ai sensi dell'art. 102 del codice, le stazioni appaltanti, tenendo conto della prestazione oggetto del contratto, prevedono negli atti di gara in capo agli operatori economici alcuni particolari impegni tra cui quello di garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate. Tale disposizione è riferibile principalmente agli appalti ad elevata intensità di manodopera, nonché a tutte le tipologie di appalti nei quali siano concretamente sviluppabili modelli organizzativi tali da valorizzare le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate.

## 7

**Quali sono le modalità con le quali le stazioni appaltanti procedono all'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture sottosoglia?**

Le stazioni appaltanti procedono all'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie UE secondo le seguenti modalità:

- affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture e servizi d'ingegneria e attività di progettazione di importo inferiore a 140.000 euro;
- procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti per lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro;
- procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti per l'affidamento di servizi e forniture, servizi di ingegneria e architettura e attività di progettazione, di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie UE;
- procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno dieci operatori economici, ove esistenti, per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie UE, "salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie di scelta del contraente".

# 8

**E' possibile procedere all'approvazione di un acquisto già approvato ma modificato in aumento negli importi inizialmente preventivati?**

Ai sensi dell'art. 7 comma 8 del D.M. 16/01/18 n. 14:

- I programmi biennali degli acquisti di forniture e servizi sono modificabili nel corso dell'anno, previa apposita approvazione dell'organo competente, da individuarsi, per gli enti locali, secondo la tipologia della modifica, nel rispetto di quanto previsto all'articolo 21, comma 1, secondo periodo, del codice, qualora le modifiche riguardino:

- a) la cancellazione di uno o più acquisti già previsti nell'elenco annuale delle acquisizioni di forniture e servizi;
- b) l'aggiunta di uno o più acquisti in conseguenza di atti amministrativi adottati a livello statale o regionale;
- c) l'aggiunta di uno o più acquisti per la sopravvenuta disponibilità di finanziamenti all'interno del bilancio non prevedibili al momento della prima approvazione del programma, ivi comprese le ulteriori risorse disponibili anche a seguito di ribassi d'asta o di economie;
- d) l'anticipazione alla prima annualità dell'acquisizione di una fornitura o di un servizio ricompreso nel programma biennale degli acquisti;
- e) la modifica del quadro economico degli acquisti già contemplati nell'elenco annuale, per la quale si rendano necessarie ulteriori risorse.

Pertanto, l'approvazione dell'aggiornamento deve seguire lo stesso iter procedurale che le compete, qualora le tempistiche richieste dall'affidamento che occorre, non coincidano con i tempi di cui sopra, sarebbe comunque necessaria un'autorizzazione a procedere da parte dell'organo competente delle relative amministrazioni, secondo i loro ordinamenti.

# 9

**Per quali affidamenti è richiesta la qualificazione ai sensi dell'art. 63 del D.Lgs n. 36/2023?**

In base alla disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici, è necessario essere qualificati per poter effettuare affidamenti di contratti di lavoro di importo superiore a 500.000 euro, e di servizi e forniture d'importo superiore alle soglie previste per gli affidamenti diretti, mentre non è necessaria la qualificazione per effettuare ordini sugli acquisti messi a disposizione delle centrali di committenza e dei soggetti aggregatori.

# 10

**L'utilizzo di una procedura ordinaria nei sottosoglia è causa di nullità?**

In generale, l'utilizzo di procedure conformi alle direttive UE dovrebbe ritenersi legittima pertanto, la scelta di una procedura più complessa in luogo di quella stabilita dal Codice dovrebbe essere possibile ove adeguatamente motivata proprio in relazione al principio di tempestività e di risultato.

## L'adeguamento prezzi tra il "vecchio" e il nuovo codice

IN  
PIL  
LOLE

L'adeguamento dei prezzi è un argomento che ha fatto molto discutere nell'ultimo periodo oltre ad essere stato protagonista di numerosi interventi normativi che hanno cercato di fronteggiare l'eccessivo rincaro che ha caratterizzato gli approvvigionamenti delle stazioni appaltanti in seguito agli eventi storici dell'ultimo periodo.

Già in vigore del precedente codice, il d.lgs. 50/16, è intervenuto il dl 50/2022 (decreto aiuti) con l'introduzione di misure di adeguamento prezzi per fronteggiare i rincari subiti dai materiali da costruzione, carburanti e i prodotti energetici.

All'art 26 il decreto prevedeva che le regioni dovessero procedere:

- ad un adeguamento infrannuale dei prezzari entro il 31 luglio 2022;
- nell'attesa dell'aggiornamento dei suddetti prezzari avrebbero potuto incrementare fino al 20 % le risultanze dei prezzari aggiornati al 31/12/2021 per poi procedere al conguaglio degli importi in fase di liquidazione e pagamento degli stati di avanzamento lavori.

Al fine di fronteggiare il pagamento di maggiori importi, le stazioni appaltanti potevano utilizzare:

- risorse accantonate per imprevisti, nel limite del 50%;
- eventuali somme a disposizione della stazione appaltante;
- somme derivanti da ribassi d'asta;
- somme relative ad altri interventi già ultimati e collaudati
- somme derivanti da specifici fondi.

Nel caso in cui il certificato di pagamento fosse già stato emesso, si consentiva, per le lavorazioni effettuate tra il primo gennaio 2022 e la data di entrata in vigore del decreto aiuti, l'emissione di un certificato di pagamento straordinario conforme ai prezzari aggiornati entro 30 giorni.

Con la legge di bilancio n. 197/2022 sono state introdotte ulteriori misure per l'annualità del 2023, le cui disposizioni si applicavano alle nuove procedure di affidamento ma anche a quelle avviate negli anni precedenti.

Per le nuove procedure di affidamento avviate dal 1° gennaio 2023 al 31 dicembre 2023 dovrà essere applicato il prezzario aggiornato alla data del 31 luglio 2022, utilizzabile in via transitoria fino al 31 marzo 2023. In ogni caso vigeva l'obbligo per le regioni di aggiornare i prezzari entro il 31 marzo 2023;

- per le procedure di affidamento aggiudicate con offerte presentate entro il 31 dicembre 2021, o nell'anno 2022, e contabilizzate dal 1° gennaio 2023 al 31 dicembre 2023, doveva essere emesso il SAL con prezzario aggiornato annualmente (secondo quanto stabilito dall'art. 23, comma 16, terzo periodo, d.lgs. 50/2016).

Tuttavia, nel caso in cui le regioni non avessero ancora provveduto all'aggiornamento annuale dello stesso, si potevano contabilizzare i lavori con il prezzario aggiornato alla data del 31 luglio 2022, o comunque con l'ultimo prezzario utilizzato (in mancanza di aggiornamenti).

I maggiori importi derivanti dai prezzi aggiornati sono riconosciuti dalle stazioni appaltanti nella misura del 90%; la percentuale si riduce all'80% nel caso di procedure di affidamento con offerte presentate nell'anno 2022. Il relativo certificato di pagamento è emesso contestualmente e comunque entro 5 giorni dall'adozione del SAL.

Con l'art. 29, d.l. 4/2022, sono state fornite indicazioni relative ai contratti in corso di esecuzione. La norma – dopo aver precisato al comma 1 che le disposizioni ivi previste si applicano alle procedure di affidamento dei contratti pubblici indette successivamente all'entrata in vigore del decreto - ha stabilito al comma 1, lett. b) che "per i contratti relativi ai lavori, in deroga all'articolo 106, comma 1, lettera a), quarto periodo, del decreto legislativo n. 50 del 2016, le variazioni di prezzo dei singoli materiali da costruzione, in aumento o in diminuzione, sono valutate dalla stazione appaltante soltanto se tali variazioni risultano superiori al cinque per cento rispetto al prezzo, rilevato nell'anno di presentazione dell'offerta, anche tenendo conto di quanto previsto dal decreto del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili di cui al comma 2, secondo periodo.

In tal caso si procede a compensazione, in aumento o in diminuzione, per la percentuale eccedente il cinque per cento e comunque in misura pari all'80 per cento di detta eccedenza, nel

limite delle risorse di cui al comma 7". Il comma 3 specifica al riguardo che "La compensazione di cui al comma 1, lettera b) è determinata applicando la percentuale di variazione che eccede il cinque per cento al prezzo dei singoli materiali da costruzione impiegati nelle lavorazioni contabilizzate nei dodici mesi precedenti al decreto di cui al comma 2, secondo periodo, e nelle quantità accertate dal direttore dei lavori".

Il comma 5-quinquies, dell'art. 52 del D.L. 13/2023 (convertito in legge con la L. 21/04/2023, n. 41) ha modificato l'art. 26 del D.L. 17/05/2022, n. 50 (c.d. Decreto Aiuti), che era stato già integrato dalla Legge di bilancio 2023.

In particolare, tramite modifica del comma 6-ter dell'art. 26, del D.L. 50/2022, è stato prorogato al 30/06/2023 (dal 31/12/2022) il termine finale di presentazione delle offerte sulla base delle quali sono stati aggiudicati gli appalti pubblici di lavori sottoposti alla disciplina derogatoria del comma 6-bis, dell'art. 26, del D.L. 50/2022.

Si aggiunge alla lista l'art. 7, comma 2-ter, del d.l. 36/2022 ("Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)"), conv. in l.n. 79/2022 secondo il quale "L'articolo 106, comma 1, lettera c), numero 1), del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, si interpreta nel senso che tra le circostanze indicate al primo periodo sono incluse anche quelle impreviste ed imprevedibili che alterano in maniera significativa il costo dei materiali necessari alla realizzazione dell'opera».

L'art. 7, comma 2-ter è espressamente riferito agli appalti relativi all'attuazione del PNRR ma in ogni caso, come sottolineato dall'Autorità «*Ancorché si tratti di una previsione specificamente riferita all'attuazione del PNRR (come si evince dalla rubrica della norma), alla stessa può essere assegnata valenza generale, stante il carattere interpretativo della medesima, volta a chiarire l'ambito di applicazione dell'art. 106, comma 1, lett. c) del d.lgs. 50/2016. In tal senso, l'applicazione della disposizione de qua può essere invocata, come ivi previsto, nel caso di circostanze "impreviste ed imprevedibili che alterano in maniera significativa il costo dei materiali necessari alla realizzazione dell'opera", anche in relazione a contratti d'appalto non specificamente riferiti all'attuazione del PNRR, fermi in ogni caso i limiti imposti dall'art.*

106 del Codice, in ordine al divieto di modifiche sostanziali al contratto d'appalto ai sensi del comma 4 e ai vincoli stabiliti dal comma 7 della stessa disposizione» (in tal senso pareri Funz Cons 34/2022 e 37/2022) e ferme altresì le ulteriori condizioni di applicabilità della norma, fissate dal comma 2-ter dell'art. 7 citato (parere Funz Cons 53/2022).

Il tema dell'adeguamento prezzi di sicuro ha coinvolto in prima battuta il settore dei lavori pubblici tanto da richiedere una normativa ad hoc, per poi estendersi anche al settore dei servizi e alle forniture, lasciando scoperto il settore dei servizi tecnici di ingegneria in cui si registrano posizioni differenti tra il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (MIT) e l'ANAC.

Il Ministero, in particolare, nel parere dell'8 maggio 2022, n. 1455, ha affermato come l'obbligo della clausola di revisione prezzi trovi applicazione solo in relazione *"ai contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero che abbiano un termine di conclusione distante dalla conclusione del contratto e/o consegna dei servizi/lavori"*, con ciò riferendosi ai servizi ad esecuzione prolungata quali, ad esempio, la direzione lavori e coordinamento in fase di esecuzione e non anche, a quelli a prestazione *"concentrata"* quali ad esempio, i servizi di progettazione (ivi compreso il coordinamento in fase di progettazione).

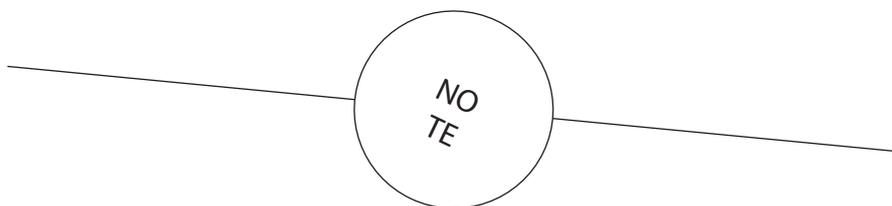
Con il successivo parere n. 1371 del 21.06.2022, emesso su esplicita richiesta (connessa alla previsione contenuta nell'art. 26 del Dl. 50/22 e sulla di essa applicabilità per il corrispondente adeguamento dei corrispettivi dei servizi legati alla fase esecutiva direzione lavori e coordinamento sicurezza), viene precisato che *"il meccanismo compensativo previsto dalla norma riconosce un adeguamento dei prezzi, con relativa adozione dello stato avanzamento lavori, emissione del certificato di pagamento e corresponsione del relativo pagamento, unicamente con riguardo alla determinazione del costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni eseguite dall'appaltatore, non essendo, invece, previsto alcun adeguamento dei corrispettivi dovuti per servizi"*.

L'ANAC invece, si è espressa in maniera opposta, ribadendo l'efficacia della clausola di revisione prezzi anche per la progettazione, tenuto conto

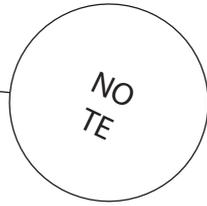
che l'inserimento di una clausola di revisione dei prezzi deve trovare ragion d'essere, *"con riferimento alle procedure per l'affidamento di incarichi di ingegneria ed architettura, il cui compenso è direttamente connesso all'importo a base di gara dei lavori cui il progetto è rivolto e le cui fasi progettuali spesso si protraggono per lunghi periodi di tempo"*. In questo modo la clausola di revisione dei prezzi negli incarichi di progettazione, consentirebbe un adeguamento automatico del compenso del professionista che tenga conto dei costi reali del servizio offerto in aderenza al principio dell'equo compenso previsto dall'art. 19-quaterdecies, comma 3, del d.l. 148/2017 e dalle Linee guida ANAC n. 1.

Inoltre, nel parere n. 1455/2022, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ritiene che *"nelle procedure di affidamento di incarichi per i SIA, ad esecuzione non istantanea, la clausola di revisione prezzi debba essere rapportata solo all'importo delle spese e degli oneri accessori, affermando, implicitamente, che la revisione dei prezzi contrattualmente prevista non operi in relazione ai compensi"*.

In tale situazione di divergenza di visioni, si ritiene che la clausola di revisione vada inserita sempre nelle procedure indette dal 27/01/2022, in quanto la norma non prevede esclusioni di sorta in merito alla tipologia di affidamenti. Sulla modalità di parametrare tale clausola ai costi che incidono significativamente sullo svolgimento del servizio da affidare, invece, ci si rimette ancora una volta alle valutazioni delle stazioni appaltanti.



A series of 20 horizontal dotted lines for writing.



A series of 20 horizontal dotted lines for writing notes.



# MEDIAAPPALTI

**Guida pratica in materia di appalti pubblici**

**Mediappalti ora è disponibile on line**

**Abbonati su [www.mediappalti.it](http://www.mediappalti.it)**

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

**MEDIAAPPALTI**

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

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

**Medi  
Graphic**

Redazione: Mediagraphic s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta (BT)

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

# i seminari in programma 2023

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

## APPALTI

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

**Percorso di alta formazione**

Ottobre 2023 / marzo 2024

### **I pilastri dell'agire amministrativo alla luce del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici**

2 e 16 ottobre 2023

### **Corso pratico sul monitoraggio delle opere pubbliche**

22 settembre

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

26 settembre

### **L'applicazione del nuovo Codice dei Contratti**

**I° EDIZIONE**

28 settembre e 6 ottobre

**II° EDIZIONE**

20 e 24 ottobre

### **ABC degli Appalti Pubblici alla luce del nuovo codice: norme a confronto**

**I° EDIZIONE**

29 settembre, 3 e 10 ottobre

**II° EDIZIONE**

20, 23 ottobre, 8 novembre

**III° EDIZIONE**

20, 23, 28 novembre

### **Percorso completo di formazione base per gli appalti pubblici**

**I° EDIZIONE**

29 settembre, 3, 10, 13 e 20 ottobre

**II° EDIZIONE**

20, 23 ottobre, 8 novembre, 12 e 14 dicembre

### **Corso Base sul MePA**

**I° EDIZIONE**

13 e 20 ottobre

**II° EDIZIONE**

12 E 14 dicembre

### **Le procedure di gara sotto soglia**

16 e 19 ottobre

### **Gli Affidamenti sotto soglia tra procedura, documentazione, MePA e il nuovo Codice dei Contratti**

16, 19, 20 e 24 ottobre

### **La disciplina del nuovo Codice degli Appalti applicata al MePA Consip**

**I° EDIZIONE**

20 e 24 ottobre

**II° EDIZIONE**

4 e 6 dicembre

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

27 ottobre e 3 novembre

### **Il RUP, il DEC e la commissione di gara**

3 e 10 novembre

### **Il Sistema Dinamico di Acquisizione SDAPA: istruzioni per l'uso**

6 novembre

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

Roma, 7 e 21 novembre, 19 dicembre

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

Roma 7 novembre

### **Analisi dei contratti sotto soglia**

Roma 21 novembre

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

Roma 19 dicembre

## PROJECT MANAGEMENT

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

**I° EDIZIONE**

6, 13, 17, 20, 27 ottobre e 6 novembre

**II EDIZIONE**

10, 17, 21 e 24 novembre, 5 e 12 dicembre

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

10, 17, 24 novembre, 1, 7, 14, 18 dicembre e 12 gennaio 2024

## SOCIETA' PARTECIPATE

### **Le novità per le società in house a seguito della Riforma della disciplina dei Servizi Pubblici Locali (DLgs. 23/12/2022, 201)**

23 e 30 ottobre

### **La riforma della disciplina dei servizi pubblici locali**

21 e 28 novembre

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



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



sulla  
**Corte dei Conti**

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

*Medi*  
*Graphic*  
**MEDIA**APPALTI

Rubrica bimestrale  
a cura di  
Stefano Usai

**luglio**  
**2023**

allegato alla Rivista mensile  
MediAppalti

## **sommario**

---

**Illegittimo prorogare il contratto se non espressamente programmato nella legge di gara  
Corte dei Conti, sez. reg. di controllo Lombardia  
(deliberazione n. 73/2023)**

Premessa

1. La vicenda
2. Il riscontro
3. Una previsione derogatoria
4. Proroga tecnica e contratto ponte

**3**

---

**In caso di rinnovo, nessun incentivo per funzioni tecniche  
(nel Codice del 2016)  
Corte dei Conti, sez. reg. di controllo Marche  
(Deliberazione n. 106/2023)**

Premessa

1. L'istruttoria della Corte
2. Il caso del rinnovo con rinegoziazione

**6**

---

**Riconoscimento del debito fuori bilancio in caso di contratto nullo  
Corte dei Conti, sez. reg. di controllo Sicilia  
(Deliberazione n. 178/2023)**

Premessa

1. Le questioni
2. L'istruttoria
3. Il riconoscimento dell'arricchimento
4. La conclusione

**9**

---

# **Illegittimo prorogare il contratto se non espressamente programmato nella legge di gara**

---

## **Premessa**

La recente deliberazione della sezione ligure risulta di interesse visto la tematica trattata relativa alla proroga (effettuata) di un contratto senza che la stessa risultasse prevista negli atti di gara. Nel caso di specie, inoltre, la funzione della sezione viene in considerazione per i compiti di approvazione di contratti "ministeriali". Più nel dettaglio, alla sezione veniva trasmesso un contratto (di proroga di prestazioni di ristorazione) per l'approvazione (condizione per i contratti "statali" per poter produrre efficacia).

## **1. La vicenda**

Viene in considerazione, per l'approvazione della sezione, un contratto di proroga finalizzato a consentire l'espletamento della nuova procedura e, pertanto, l'individuazione del nuovo affidatario. Il magistrato istruttore, per completare l'istruttoria, richiede un supplemento di dati/informazioni consistente nella necessità di:

- a) indicare in quale documento di gara fosse contenuta l'opzione di proroga;
- b) fornire informazioni aggiornate sullo stato di avanzamento della procedura di evidenza pubblica in atto a livello centrale e illustrare le circostanze che avevano impedito di avviare e concludere la nuova procedura di evidenza pubblica prima della scadenza del contratto;
- c) specificare quali pericoli e/o danni gravi, con riferimento agli interessi indicati dall'art. 32, d.lgs. n. 50/2016, sarebbero conseguiti alla mancata immediata esecuzione del contratto.

## 2. Il riscontro

La direzione richiedente l'approvazione del contratto evidenzia che "nel bando di gara non era stata prevista la possibilità di far ricorso alla proroga tecnica, poiché era intenzione della stazione appaltante avviare tempestivamente una nuova procedura di evidenza pubblica che consentisse di aggiudicare il contratto entro il 31 dicembre 2022".

Tale situazione non si è verificata, pertanto, per evitare assenza di prestazione si è ritenuto di attivare una "proroga tecnica" del pregresso contratto aggiudicato attraverso procedure ordinarie.

La sezione – che non ha approvato il contratto – evidenzia (e ciò appare utilissimo per il RUP anche sotto l'egida del nuovo Codice dei contratti) che la "c.d. proroga tecnica, volta ad assicurare che, nelle more dello svolgimento di una gara per il nuovo affidamento di un servizio, l'erogazione dello stesso non subisca soluzioni di continuità. Integrando, tuttavia, una deroga ai principi eurounitari di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, nonché al principio dell'evidenza pubblica". Come noto, si legge ancora nella deliberazione "il ricorso alla c.d. proroga tecnica, come pacificamente chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, costituisce un'ipotesi residuale e del tutto eccezionale, utilizzabile solo ove non sia possibile attivare gli ordinari e necessari meccanismi concorrenziali (ex multis, Cons. Stato, V, 23 settembre 2019, n. 6326; V, 17 gennaio 2018, n. 274; III, 3 aprile 2017, n. 1521)".

## 3. Una previsione derogatoria

Il collegio precisa che, proprio per il fatto che si è in presenza di una deroga agli ordinari principi dell'evidenza pubblica, la stessa non può che essere oggetto di rigorosa interpretazione.

L'art. 106, c. 11, d.lgs. n. 50/2016 è chiaro nell'ammettere il ricorso all'istituto in discorso soltanto in presenza di un'espressa previsione al riguardo nel bando e nei documenti di gara.

D'altra parte, dall'analisi della giurisprudenza amministrativa e contabile (T.A.R. Lombardia - Milano, sez. IV, 17 novembre 2022, n. 2552 e sez. I, 9 dicembre 2020, n. 2450; T.A.R. Campania - Napoli, sez. VIII, 10 febbraio 2022, n. 891; sez. V, 18 aprile 2020, n. 1392 e 23 settembre 2019, n. 6326; Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Puglia, 28 ottobre 2020 n. 96/2020/PREV; Sezione regionale di controllo per la Lombardia, 9 giugno 2021, n. 102/2021/PREV), nonché delle delibere adottate in materia dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (delibera n. 576 del 28 luglio 2021), non emerge alcun elemento in senso contrario, **essendo pacifico il principio per cui la previsione dell'opzione di proroga nel bando e nei documenti di gara costituisce requisito di legittimità della proroga stessa.**

La previsione dell'opzione in parola, evidentemente, rappresenta la condizione legittimante per poter esperire la proroga (ciò vale sia per il Codice del 2016 sia per quello del 2023).

Pertanto, "l'assenza di qualsivoglia previsione in tal senso nella documentazione di gara (circostanza, peraltro, riconosciuta espressamente anche dalla stessa Amministrazione), non permette di superare il vizio di legittimità (...), ponendosi in contrasto con l'art. 106, c. 11, d.lgs. n. 50/2016".

#### **4. Proroga tecnica e contratto ponte**

Infine, è interessante anche l'ultima riflessione espressa nella deliberazione che, anch'essa, può essere letta come importante suggerimento al RUP.

In una situazione di questo tipo caratterizzata dalla necessità di avere la prestazione in prossimità di scadenza del contratto che non contiene espressamente la possibilità della proroga il RUP – pur in presenza di responsabilità se i ritardi sono a lui imputabili, in realtà, ha lo strumento del contratto "ponte" (ovvero un affidamento diretto per il tempo essenziale a stabilire il nuovo aggiudicatario).

Di per sé, bene rileva la deliberazione, l'utilizzo del contratto "ponte" **"non può, comunque, tradursi in una violazione di disposizioni di legge"**.

A suggerire, quindi, che invece di usare una "proroga" non prevista negli atti di gara – chiaramente inaccettabile e priva della necessaria legittimazione (visto che obbligatoriamente deve essere disciplinata/prevista nella legge di gara) valutare l'opportunità di utilizzare una "procedura" che fotografi chiaramente la situazione di emergenza ed utilizzi strumenti appositamente apprestati. In quest'ultimo caso, in pratica, ovviamente occorrerebbe un impedimento oggettivo non imputabile (se non è così evidentemente, si aprono questioni di responsabilità), ma nel caso – stessa situazione – dell'utilizzo della proroga (che dovrebbe essere appunto "programmata") le incongruenze sono due e la posizione del soggetto agente è molto più delicata (ed è più ampia la responsabilità).

# **In caso di rinnovo, nessun incentivo per funzioni tecniche (nel Codice del 2016)**

---

## **Premessa**

Alla sezione viene posta la questione del rapporto tra incentivi per funzioni tecniche e rinnovo, con rinegoziazione, del contratto. Vicenda che riguarda, evidentemente, le norme – sugli incentivi – del Codice del 2016.

Il quesito mira a capire se con intervenuta “rinegoziazione, con rinnovo contrattuale per ulteriori nove anni”, (possibile nel caso di specie dalla disposizione contenuta al punto 6, comma 2, lett. b), del Allegato II, del D.lgs. n. 115 del 30.05.2008 laddove prevede che: “Qualora nel corso della vigenza di un contratto di servizio energia, le parti concordino l’esecuzione di nuove ed ulteriori prestazioni ed attività conformi corrispondenti ai requisiti del presente decreto, la durata del contratto potrà essere prorogata nel rispetto delle modalità definite nel presente decreto”, e quindi con una deroga alla disciplina generale che impone le procedure ad evidenza pubblica, sia ammissibile riconoscere gli incentivi per funzioni tecniche.

Il dubbio, come si riconosce nel quesito, nasce dal fatto che “gli orientamenti interpretativi della Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti **sono concordi** nel ritenere, alla luce del tenore letterale dell’art. 113, comma 2, del D.lgs. n. 50 del 2016, che l’erogazione degli incentivi tecnici risulta legittima se, a monte, vi sia stato l’espletamento di una “gara” o comunque l’esperimento di una procedura comparativa nella forma, quantomeno, dello svolgimento di indagini di mercato della comparazione concorrenziale tra più soluzioni negoziali, mentre, invece, non sono ritenute idonee le procedure non comparative come, per esempio l’affidamento di lavori in amministrazione diretta, lavori di somma urgenza, le proroghe tecniche (cfr. Deliberazioni n. 150/2021/PAR della Sezione regionale di controllo della Puglia e Sezione di controllo della Regione Sicilia n. 18/2022 di 03.11.2022)”.

## **1. L'istruttoria della Corte**

La deliberazione ricorda gli approdi, in materia, anche dell'ANAC e non solo della giurisprudenza contabile.

In relazione alle indicazioni dell'autorità anticorruzione si rammenta che si è in presenza di un principio consolidato nella giurisprudenza contabile e amministrativa, "che, pur in una lettura estensiva dell'art. 113 del decreto legislativo n. 50/2016, **hanno sempre confermato** la necessità dell'esperimento di una procedura comparativa come presupposto necessario per il riconoscimento degli incentivi tecnici".

Per fornire una interpretazione che tenesse conto delle varie esigenze, occorre annotare, le sezioni hanno ribadito che per "gara" può intendersi anche un riferimento a "forme più ridotte e semplificate, riferibili quantomeno "allo svolgimento di indagini di mercato e della comparazione concorrenziale tra più soluzioni negoziali che vincolano il committente alla valutazione tra le diverse offerte secondo canoni predeterminati, a contenuto più o meno complesso, secondo la diversa tipologia e oggetto del contratto da affidare" (Corte dei conti, sezione regionale di controllo per la Sardegna, 15 giugno 2022, deliberazione n. 96/2022/PAR), per cui va dimostrata l'esistenza di "una procedura sostanzialmente comparativa, la quale dovrà comunque emergere nella motivazione della determinazione a contrarre, in conformità al principio di prevalenza della sostanza sulla forma, di matrice comunitaria"(Corte dei conti, sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione 16 novembre 2022, n. 173/PAR, e , sezione regionale di controllo per il Veneto, deliberazione 15 settembre 2020, n. 121/2020/PAR)". Ed anche nel caso di proroghe tecniche e affidamenti diretti le Sezioni di controllo non hanno ritenuto di discostarsi dalla linea interpretativa già tracciata, coerente con un'interpretazione letterale della norma (Sezione controllo Sardegna n. 96 del 2022; Sezione controllo Sicilia n. 181 del 2022), nella considerazione del carattere tassativo dell'individuazione delle fattispecie fatta dal legislatore (nell'articolo 113 del Codice del 2016 che parla di "gara") non suscettibile di interpretazioni estensive.

## **2. Il caso del rinnovo con rinegoziazione**

Anche nel caso di rinnovo con rinegoziazione (pur espressamente prevista per legge) la soluzione, evidenzia la sezione, non può essere diversa.

L'impossibilità di riconoscere l'incentivo tecnico, si legge nel deliberato, nel caso di affidamento di appalti lavori, servizi e forniture con procedure non competitive "trova, pertanto, conferma anche nelle ipotesi, sia pur legislativamente consentite, di rinegoziazione del contratto con lo stesso contraente ed in particolare nel contratto di servizio energia nelle ipotesi previste, come nel caso all'esame, dalla disposizione contenuta al punto 6, comma 2, lett. b), allegato II, del decreto legislativo n.115 del 2008, laddove prevede che: "Qualora nel corso della vigenza di un contratto di servizio energia, le parti concordino l'esecuzione di nuove ed ulteriori prestazioni ed attività conformi corrispondenti ai requisiti del presente decreto, la durata del contratto potrà essere prorogata nel rispetto delle modalità definite nel presente decreto".

Non insiste, nel caso di specie, nessuna differenza rispetto alla proroga visto che nel caso di proroga il contratto rimane il medesimo, cambiando solamente la durata complessiva con uno slittamento temporale in avanti.

Nel caso della rinegoziazione si realizza una attività delle parti "che riconsiderano il regolamento contrattuale per modificarne il contenuto attraverso lo svolgimento di nuove trattative al fine di conciliare la vincolatività di un atto con l'adattamento delle sue conseguenze alle situazioni della realtà mutate nel corso dell'esecuzione, soprattutto nei rapporti ad esecuzione prolungata, ove l'esecuzione della prestazione non è istantanea e la realizzazione del risultato dipende da un'attività negoziale articolata, fondata sulla partecipazione collaborativa delle parti".

Pur in presenza, nel secondo caso, di ricorso all'istituto della novazione oggettiva la rinegoziazione tra l'amministrazione e l'impresa aggiudicataria determinerebbe la costituzione di un nuovo rapporto integralmente sostitutivo del precedente (che viene estinto) con la conseguenza che anche il termine di durata non potrà sommarsi a quello in scadenza del contratto ma decorrerà ex novo dalla sottoscrizione del nuovo contratto.

Ma anche in questo caso non vi è la gara che rappresenta il presupposto essenziale ex art. 113 (pur in una lettura estensiva sopra riportata) – a differenza di quanto previsto nel nuovo Codice dei contratti applicabile alle procedure avviate a far data dal 1° luglio 2023 -, per poter riconoscere legittimamente gli incentivi per funzioni tecniche.

Si tratta quindi di fattispecie, "come riconosciuto dalla stessa ANAC (delibere n. 127 e n. 184 del 2021), di affidamento senza gara nel cui ambito la proroga di cui al d.lgs. 115/2008, punto 6, comma 2, lett. b) costituisce una facoltà, avente carattere eccezionale nell'ambito dei contratti per ragioni di efficientamento energetico".

Alla luce di quanto, si legge infine la Sezione ha ritenuto "di non discostarsi dal consolidato orientamento giurisprudenziale in base al quale, nella vigenza dell'art. 113 del d.lgs. 50 del 2016, il previo esperimento di una procedura comparativa è stato ritenuto un presupposto necessario per il riconoscimento degli incentivi tecnici, nella forma, quantomeno, dello svolgimento di indagini di mercato e della comparazione concorrenziale tra più soluzioni negoziali che vincolano il committente alla valutazione tra le diverse offerte secondo canoni predeterminati, a contenuto più o meno complesso, secondo la diversa tipologia e oggetto del contratto da affidare".

La stessa sezione, per completezza, evidenzia che gli incentivi per funzioni tecniche trovano una diversa disciplina nel nuovo Codice degli appalti (decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36,) le cui disposizioni acquireranno efficacia dal 1 luglio 2023.

L'articolo 45, infatti, non contiene più il riferimento alle gare ma all'affidamento aprendo quindi anche a fattispecie come l'affidamento diretto (evidentemente con incentivi per fasi di progettazione ed esecuzione visto che non esiste legge di gara), *project financing*, adesioni a convenzione etc.

# **Riconoscimento del debito fuori bilancio in caso di contratto nullo**

---

## **Premessa**

Il Sindaco di un comune siciliano pone alla sezione la questione della portata applicativa sulle disposizioni in tema di riconoscimento del debito fuori bilancio nelle ipotesi di invalidità del contratto per vizi comportanti la sua nullità, sulla base della considerazione che «il legislatore [...] non sembra aver chiarito se tale potere [di riconoscimento], che la giurisprudenza amministrativa riconduce all'esercizio di discrezionalità amministrativa, possa essere attuato anche nei casi in cui non solo siano state violate le norme giuscontabili sulla previa registrazione dell'impegno di spesa, ma anche laddove il contratto con il privato contraente risulti viziato da nullità testuale o virtuale (come nel caso di violazione della forma scritta in modalità digitale prevista *ad substantiam* per i contratti d'appalto dall'art. 32 comma 12 del d.lgs. 50/2016), risultando civilisticamente nullo».

## 1. Le questioni

Al fine di chiarire meglio gli aspetti pratico/applicativi scaturenti dalle disposizione in tema di riconoscimento del debito fuori bilancio, il richiedente osserva che, ove si valorizzi la parte del precetto che consente il riconoscimento «nei limiti degli accertati e dimostrati utilità ed arricchimento per l'ente», sembrerebbe non esistere alcun impedimento giuridico all'adozione dell'atto di competenza dell'organo consiliare **a fronte di un contratto affetto da nullità per violazione della disciplina civilistica sostanziale, se della sua esecuzione si sia avvantaggiata comunque la pubblica amministrazione in relazione a prestazioni riconducibili «all'espletamento di pubbliche funzioni e servizi di competenza».**

Qualora, la sezione privilegiasse l'interpretazione del precetto in aderenza alla sua formulazione letterale, il procedimento di riconoscimento sembrerebbe imprescindibilmente ancorato al presupposto della (sola) «violazione degli obblighi di cui ai commi 1, 2 e 3 dell'art. 191», ossia dell'assunzione delle obbligazioni al di fuori del corretto procedimento contabile di spesa, **senza potersi conseguentemente estendere anche alle ipotesi del contratto affetto da vizi sostanziali di nullità.** Sempre considerando "che, in questo caso, l'individuazione della copertura finanziaria e la riconduzione dell'obbligazione al sistema di bilancio possa avere efficacia sanante anche del vizio di nullità".

## 2. L'istruttoria

Nella lunga (e dettagliata) istruttoria (sull'analisi della possibilità del riconoscimento dei debiti fuori bilancio).

Una delle annotazioni, per il collegamento al contratto nullo, espresso nella deliberazione ha riguardato la fattispecie della carenza della forma scritta per cui il contratto è inesistente.

Qualora a questa fattispecie si aggiungesse la corretta e doverosa assunzione dell'impegno di spesa "la giurisprudenza legittimamente evidenzia che solo un contratto in forma scritta tra l'amministrazione e il privato permetterebbe il perfezionamento della fattispecie dell'accollo del debito del terzo ai sensi dell'art. 1273 c.c., con il conseguente configurarsi di un rapporto obbligatorio diretto tra amministrazione pubblica e privato. Il debitore c.d. accollato sarebbe, infatti, il dipendente o l'amministratore che, avendo autorizzato l'effettuazione dei lavori oppure l'ordinazione della prestazione, è esclusiva parte del rapporto contrattuale con il privato, originato ope legis a norma dell'art. 191, comma 4 del TUEL, in virtù della scissione del rapporto di immedesimazione organica tra agente e pubblica amministrazione scaturente dal mancato rispetto delle regole sui procedimenti di spesa (Cass., cit., n. 15303 del 2022, punto n. 2.3. e n. 510 del 2021), alla base della speciale disciplina normativa in materia che, come è noto, **rende l'ente locale estraneo alle obbligazione assunte dal dipendente/amministratore (art. 191, comma 4, del TUEL: «Nel caso in cui vi è stata l'acquisizione di beni e servizi in violazione dell'obbligo indicato nei commi 1, 2 e 3, il rapporto obbligatorio intercorre, ai fini della controprestazione e per la parte non riconoscibile ai sensi dell'articolo 194,**

**comma 1, lettera e), tra il privato fornitore e l'amministratore, funzionario o dipendente che hanno consentito la fornitura. Per le esecuzioni reiterate o continuative detto effetto si estende a coloro che hanno reso possibili le singole prestazioni»).**

### **3. Il riconoscimento dell'arricchimento**

L'aspetto fondamentale (del ragionamento espresso dalla sezione) però è che ciò che fa la differenza anche sul riconoscimento non è tanto l'origine dell'obbligazione ma il fatto se vi sia stato o meno arricchimento dell'ente.

Solo in questi termini (nel caso di acquisiti di beni/servizi e lavori non assistiti dalla corretta assunzione dell'impegno di spesa), e nei limiti di detto arricchimento, vi può essere (vi deve essere) il riconoscimento del debito fuori bilancio. In difetto l'ente subirebbe l'azione di illecito arricchimento da parte del creditore con evidente aggravio di spese.

Ciò si legge nella deliberazione laddove si puntualizza che "In base al consolidato orientamento del giudice di legittimità, pertanto, rimane fermo che «il riconoscimento da parte della P.A. dell'utilità della prestazione o dell'opera **può rilevare non già in funzione di recupero sul piano del diritto di una fattispecie negoziale inesistente, invalida o comunque imperfetta - trattandosi di un elemento estraneo all'istituto - bensì in funzione probatoria e, precisamente, ai soli fini del riscontro dell'imputabilità dell'arricchimento all'ente pubblico»** (enfasi aggiunta, Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 26 maggio 2015, n. 10798, punto n. 4.2.).

In presenza dei presupposti individuati dall'art. 194, comma 1, lett. e) del TUEL, la deliberazione consiliare di riconoscimento "**di una spesa scaturita da un negozio invalido non è stata considerata idonea a cagionare ex se un esborso illegittimo, salvo che esso ecceda l'utilità riconoscibile** e ascrivibile alle sue funzioni essenziali, circostanza che, invero, potrebbe riscontrarsi ove l'ente".

- a) riconosca l'utilità di prestazioni non collegate all'esercizio di pubbliche funzioni e di servizi di competenza dell'ente, esorbitando dai limiti del proprio potere discrezionale;
- b) riconosca il pagamento in relazione a somme cui non corrisponde un "arricchimento" dell'ente (da contrapporre all'impovertimento di un altro soggetto), da intendersi in senso stretto, come precisato dalle Sez. Unite della Cass. (11/09/2008, n. 23385) in relazione all'art. 2041 cod. civ., ovvero a somme rispetto alle quali non vi sia diritto all'indennizzo del privato, come ad es. l'eventuale lucro cessante da questi ottenibile qualora vi fosse stato il rispetto della legge, le somme per interessi e rivalutazione, l'utile di impresa, le spese giudiziali, i maggiori oneri imputabili al ritardo nei pagamenti, ecc., in considerazione del fatto che in questo caso nessuna utilità ed arricchimento può conseguire all'ente, rappresentando i predetti esborsi un ingiustificato danno patrimoniale del quale devono rispondere coloro che con il loro comportamento lo hanno determinato. Occorre escludere, in altri termini, dal calcolo dell'indennità dovuta all'esecutore di

una prestazione resa in virtù di un contratto invalido, quanto lo stesso avrebbe percepito a titolo di lucro cessante se il rapporto negoziale fosse stato valido ed efficace, perché diversamente si riconetterebbe all'istituto de quo una natura risarcitoria, estranea alla sua funzione» (Sezione giurisdizionale per la Regione Puglia, cit., n. 668 del 2021, confermata dal giudice dell'appello, cit., n. 21 del 2023).

#### **4. La conclusione**

Stante le premesse sopra sintetizzate il riscontro è positivo, circa il possibile riconoscimento del debito fuori bilancio anche in caso di contratto nullo purchè nei limiti dell'arricchimento dell'ente. In conclusione della deliberazione, quindi si legge che "il riconoscimento del debito fuori bilancio, nella fattispecie disciplinata dall'art. 194, comma 1, lett. e), del TUEL, è ammissibile – senza effetti sananti – nell'ipotesi di nullità del contratto, a condizione che sussistano gli inderogabili presupposti di legge della «utilità e arricchimento per l'ente» e della inerenza all'«espletamento di pubbliche funzioni e servizi di competenza», i quali richiedono una completa istruttoria e un'analitica motivazione, soprattutto laddove il vizio di validità e d'efficacia negoziale risulti connesso all'illiceità della causa o dei motivi, oppure ancora del suo oggetto".