



IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

***Inquadramento generale e
descrizione delle principali novità***

Premessa

La riforma del Codice dei Contratti pubblici al fine di rendere più fluide, efficienti ed efficaci le procedure di affidamento e gestione delle commesse di lavori, servizi e forniture, costituisce un tassello fondamentale nell'ambito dell'attuazione del PNRR.

Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, difatti, prevede espressamente l'intervento sul D.Lgs. 50/2016 nell'ottica di semplificazione e velocizzazione del processo di spesa delle ingenti risorse destinate al nostro Paese.

L'iter di riforma si è svolto in parte sotto la precedente legislatura – con l'approvazione della Legge Delega n. 78 del 21 giugno 2022 e la successiva investitura del Consiglio di Stato del compito di procedere alla stesura del Codice – proseguendo poi nella legislatura attuale, con la presentazione dello schema di decreto legislativo al MIMS e la sua revisione, di concerto con il Consiglio di Stato, da parte di una commissione appositamente nominata, per pervenire, infine, alla presentazione dello schema al Consiglio dei Ministri, che lo ha approvato nella seduta di venerdì 16 dicembre 2022.

L'entrata in vigore è prevista il primo aprile 2023 e le relative disposizioni avranno efficacia a decorrere dal primo luglio 2023.

Premessa

Il Governo ha esercitato così la **delega** per la riforma del Codice degli appalti, prevista dalla legge 21 giugno 2022, n. 78, **per adeguare**,

- **la normativa italiana al "diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali"**
- **"razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture"**,
- **evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione e di giungere alla "risoluzione delle procedure avviate"**.

Premessa

Si è scelto di redigere un codice che non rinvii a ulteriori provvedimenti attuativi e sia immediatamente “**autoesecutivo**”, consentendo da subito una piena conoscenza dell’intera disciplina da attuare. ■

Ciò è stato possibile grazie a un innovativo meccanismo di delegificazione che opera sugli allegati al codice (legislativi in prima applicazione, regolamentari a regime).

Si è cercato di scrivere un codice “che racconti la storia” delle procedure di gara, accompagnando amministrazioni e operatori economici, passo dopo passo, dalla fase iniziale della programmazione e progettazione sino all’aggiudicazione e all’esecuzione del contratto.

L’indice del codice sintetizza questa storia:

*si **inizia** con i principi, si prosegue con il libro dedicato all’appalto in tutte le sue singole fasi,*

*si **finisce** con i rimedi e con l’autoesecutività e,*

in mezzo,

si dedicano due libri a settori speciali e concessioni (dove si valorizza il partenariato pubblico privato, rendendo i contratti più solidi e aumentando la bancabilità), libri che erano oggetto di direttive autonome che sono state recepite più puntualmente, superando un rinvio incerto alle norme sugli appalti.

Premessa

Si è inteso dare un senso effettivo ai principi che reggono il settore dei contratti pubblici:

- **la semplificazione**, ottenuta aumentando la discrezionalità delle amministrazioni e rimuovendo il goldplating ovunque possibile. Il rischio di fenomeni corruttivi è prevenuto da un più ampio ricorso a digitalizzazione, trasparenza e qualificazione;
- **l'accelerazione**, intesa come massima velocizzazione delle procedure, ma non solo “sulla carta”, perché il termine ridotto è stato individuato avendo sempre presente la sua effettiva “fattibilità”: assieme alla rapidità occorre garantire anche certezza nei tempi di affidamento, esecuzione e pagamenti alle imprese;
- **la digitalizzazione**, completa, delle procedure e la interoperabilità delle piattaforme, secondo il principio dell'once only, ossia dell'unicità dell'invio di dati, documenti e informazioni alle stazioni appaltanti;
- **la tutela**, dando piena attuazione alla delega a protezione dei lavoratori (tramite clausole sociali, valorizzazione dei CCNL e lotta ai “contratti pirata”) e delle imprese (per esempio, in tema di rinegoziazione e revisione prezzi).

Premessa

Tuttavia per una reale riforma dei contratti pubblici occorre che si concretino, attraverso una intensa attività operativa, almeno **tre condizioni essenziali** “non legislative”, che costituiscono peraltro l’oggetto di impegni in sede di PNRR:

- i) una adeguata formazione dei funzionari pubblici che saranno chiamati ad applicare il nuovo codice;**
- ii) una selettiva riqualificazione delle stazioni appaltanti;**
- iii) l’effettiva attuazione della digitalizzazione, consentendo, pur nel rispetto di tutte le regole di sicurezza, una piena interoperabilità delle banche dati pubbliche.**

Lo schema si compone di 229 articoli, suddivisi in cinque “libri”:

libro I dei principi, della digitalizzazione, della programmazione e della progettazione,
libro II dell'appalto,
libro III dell'appalto nei settori speciali,
libro IV del partenariato pubblico-privato e delle concessioni,
libro V del contenzioso e dell'autorità nazionale anticorruzione, disposizioni finali e transitorie.

PREMESSA

LIBRO I	LIBRO II	LIBRO III	LIBRO IV	LIBRO V
PRINCIPI, DIGITALIZZ., PROGR. E PROGETT.	APPALTI	APPALTI NEI SETTORI SPECIALI	PPP E CONCESSIONI	CONTENZIOSO, ANAC E DISP. FINALI E TRANS.
PARTE I – PRINCIPI Tit. I - Principi generali artt. 1-12 Tit. II - Ambito di applicazione, RUP e fasi dell'affidamento artt. 13-18	PARTE I – CONTRATTI “SOTTOSOGLIA” artt. 48-55 PARTE II – ISTITUTI E CLAUSOLE COMUNI artt. 56-61	PARTE I – NORME APPLICABILI E AMBITO SOGGETTIVO artt. 141-152 II – PROC. DI SCELTA DEL CONTRAENTE artt. 153-158	PARTE I – DISPOSIZIONI GENERALI artt. 174-175 II – CONCESSIONI Tit. I - Ambito d'applicaz. e principi generali 176-181 II - Aggiudicazione 182-187 III - Esecuzione 188-192 IV - Project financing 193-195	PARTE I - CONTENZIOSO Tit. I - Ricorsi giurisdizionali artt. 209 Tit. II - Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale artt. 210-220
II – DIGITALIZZAZIONE DEL CICLO DI VITA DEI CONTRATTI artt. 19-36	PARTE III – SOGGETTI Tit. I – Staz. appaltanti 62-64 Tit. II – Operatori econ. 65-69	PARTE III – BANDI, AVVISI E INVITI artt. 159-166	PARTE III – LOCAZIONE FINANZIARIA artt. 196	PARTE II – GOVERNANCE artt. 221-223
III – PROGRAMMAZIONE artt. 37-40	IV – PROC. SCELTA DEL CONTRAENTE artt. 70-76	IV - SELEZIONE PARTEC. E OFFERTE artt. 167-173	IV – CONTRATTO DI DISPONIBILITÀ artt. 197	III - DISP. TRANS., COORD. E ABROG. artt. 224-229
IV – PROGETTAZIONE artt. 41-47	PARTE V – SVOLGIM. DELLE PROCEDURE I - Atti preparatori artt. 77-82 II - Bandi, avvisi, inviti 83-90 III - Doc. offerente e termini per domande e offerte 91-92 IV – Requisiti di partec. 93-106 V – Selezione offerte 107-112		V – ALTRE DISPOS. SUL PPP artt. 198-202	
	VI – ESECUZIONE 113-126 VII - NORME PER ALCUNI CONTRATTI artt. 127-140		PARTE VI – SERVIZI GLOBALI artt. 203-208	

I principi

delineano l'ambito di applicazione del codice (art.1), le competenze legislative tra Stato e regioni (art. 2) e introducono un corposo elenco di definizioni (art. 3).

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

Attraverso la codificazione dei principi, il nuovo progetto mira a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica) in un settore in cui spesso la presenza di una disciplina rigida e dettagliata ha creato incertezze, ritardi, inefficienze.

Ciò in quanto un codice non può inseguire la disciplina specifica di ogni aspetto della realtà, perché si troverà sempre in ritardo, ma deve invece fornire gli strumenti e le regole generali e astratte per regolarla

La codificazione dei principi mira a realizzare, fra gli altri, i seguenti obiettivi:

a) ribadire che la concorrenza è uno strumento il cui fine è realizzare al meglio l'obiettivo di un appalto aggiudicato ed eseguito in funzione del preminente interesse della committenza (e della collettività) (cfr. art. 1, comma 2);

b) accentuare e incoraggiare i poteri di iniziativa delle stazioni appaltanti, per contrastare, il fenomeno della cd. "burocrazia difensiva", che può generare ritardi o inefficienze nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti (cfr. art. 2, comma 2).

Nel nuovo Codice sono indicati i seguenti principi:

- **principio del risultato (art. 1)**, che costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità, e costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto;
- E' quel principio che stazioni appaltanti ed enti concedenti devono sempre assumere nell'esercizio delle loro attività: ***l'affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo***, sempre nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza, che vengono espressamente richiamati.
- **principio della fiducia (art. 2)** nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici;
- il nuovo codice vuole dare il segnale di un cambiamento profondo, che miri a valorizzare lo spirito di iniziativa e la discrezionalità degli amministratori pubblici, introducendo una "rete di protezione" rispetto all'alto rischio che accompagna il loro operato.
- **principio dell'accesso al mercato (art. 3)** degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità;
- **principi di buona fede e di tutela dell'affidamento (art. 5)** nella procedura di gara, anche prima dell'aggiudicazione;

I principi

principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale (art. 6) tra funzione amministrativa e organizzazioni non lucrative che contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente;

■
L'articolo recepisce la **sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale**, che ha sancito la coesistenza di due modelli organizzativi alternativi per l'affidamento dei servizi sociali, l'uno fondato sulla concorrenza, l'altro sulla solidarietà e sulla sussidiarietà orizzontale. Il secondo tipo di affidamenti (diretti) riguarda in particolare i servizi sociali di interesse generale erogati dagli enti del Terzo settore (ETS)

Il fondamento costituzionale di un tale modello si rinviene **nell'art. 118, comma 4 Cost.**, (*Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*) **in quanto esso costituisce attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale** coinvolgendo la società civile nello svolgimento di funzioni amministrative, e **nell'art. 2 Cost.**, (*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*) **configurando altresì uno strumento di attuazione dei doveri di solidarietà sociale necessari a realizzare il principio personalista su cui si fonda la nostra Costituzione.**

Occorre pertanto consentire **un bilanciamento tra concorrenza e sussidiarietà orizzontale**, superando la tendenza ad assicurare la prevalenza assoluta della prima sugli altri valori allo stesso modo protetti dalla Costituzione

Il modello proposto intende apportare benefici alla collettività in termini di efficacia, efficienza e qualità dei servizi, promuovendo la capacità di intervento dei privati, spesso più rapida di quella delle amministrazioni.

A tal fine si prevede che gli enti affidatari dei servizi debbano essere scelti nel rispetto dei principi di non discriminazione, trasparenza ed effettività (e sempre in base al principio del risultato). In tal modo, si attribuisce portata generale a quanto già previsto dagli artt. 55 e 57 del codice del Terzo settore (d.lgs. n. 117 del 2017), chiarendo il rapporto di non conflittualità tra le norme considerate e il Codice dei contratti pubblici.

I principi

principio di auto-organizzazione amministrativa (art. 7) delle pubbliche amministrazioni attraverso l'auto-produzione, l'esternalizzazione e la cooperazione;

L'articolo 7 recepisce il principio di auto-organizzazione amministrativa, sancito anche nell'art. 2 direttiva 2014/23/UE, in base al quale le pubbliche amministrazioni scelgono autonomamente di organizzare l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso il ricorso a tre modelli fra loro alternativi:

- a) auto-produzione, (ricorso all'in house)
- b) esternalizzazione;
- c) cooperazione con altre pubbliche amministrazioni.

La codificazione del principio in esame determina un maggiore allineamento del diritto nazionale all'ordinamento dell'Unione,

I principi

principio di autonomia contrattuale (art. 8), con divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito delle pubbliche amministrazioni, che possono concludere qualsiasi contratto;

riconosce alla pubblica amministrazione una generale capacità negoziale, salvo i divieti previsti dalla legge. È ormai pacifico, infatti, che il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi non si estende ai contratti, per i quali vige l'opposto principio di atipicità (art. 1322 c.c.).

Si ribadisce, in tal modo, il principio di tassatività della limitazione della capacità negoziale, richiedendosi una esplicita previsione di legge (come ad es. quella contenuta, per la conclusione del contratto di società, nell'art. 4, c. 1, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, che fa divieto di “costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali” o in materia di contratti derivati stipulati da Regioni ed enti locali ai sensi dell'art. 62 d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, così come modificato dall'art. 1, comma 572, l. 27 dicembre 2013, n. 147).

I principi

principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9) con diritto alla rinegoziazione da parte della parte svantaggiata quando sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili, tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto;

La disposizione in esame introduce una significativa innovazione ed attraverso la quale si è inteso codificare una disciplina generale da applicare per la gestione delle sopravvenienze straordinarie e imprevedibili considerate dalla disposizione, tali da determinare una sostanziale alternazione nell'equilibrio contrattuale, con effetti resi di recente drammaticamente evidenti dalla congiuntura economica e sociale segnata dalla pandemia e dal conflitto in Ucraina.

La norma regola il fenomeno identificato nella prassi internazionale con il termine hardship e riconosciuto da diversi sistemi giuridici (eccessiva onerosità sopravvenuta), da tempo oggetto di considerazione nella regolazione dei rapporti privati internazionali.

- ha un duplice contenuto:
 - *definisce le sopravvenienze rilevanti ai fini dell'applicazione della norma*
 - *sancisce il diritto alla rinegoziazione della parte svantaggiata al quale, dunque, corrisponde un obbligo della controparte.*

I principi

principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione (art. 10).

Le cause di esclusione sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte;

crystallizza il principio della tassatività delle cause di esclusione, con un duplice risvolto.

- *Da un lato, indica la preferenza per riordinare e codificare tutti i motivi di esclusione, in coerenza con i principi di qualità della regolazione e coerenza sistematica.*

- *Dall'altro lato, il comma comporta il divieto di introdurre cause di esclusione con fonte regolamentare o con la lex specialis del bando di gara.*

principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore (art. 11).

Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro.

La norma proposta restringe le ipotesi in cui, per la frammentazione dei contratti collettivi nell'ambito del medesimo settore, l'operatore economico finisca con l'optare per un CCNL che non garantisce al lavoratore le migliori tutele sotto il profilo normativo ed economico.

Le soglie di rilevanza europea (art. 14)

Serve a stabilire le differenti modalità di procedura di scelta del contraente e di affidamento di un contratto pubblico a seconda che ci si trovi in presenza di contratti di rilevanza comunitaria o di contratti sotto – soglia

Per l'applicazione del Codice, le soglie di rilevanza europea sono:

- *euro 5.382.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni;*
- *euro 140.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle stazioni appaltanti che sono autorità governative centrali;*
- *euro 215.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da stazioni appaltanti sub-centrali;*
- *euro 750.000 per gli appalti di servizi sociali e assimilati.*

Nei settori speciali le soglie di rilevanza europea sono:

- *euro 5.382.000 per gli appalti di lavori;*
- *euro 431.000 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione;*
- *euro 1.000.000 per i contratti di servizi, per i servizi sociali e assimilati.*

Le soglie di rilevanza europea (art. 14)

i valori delle soglie vengono periodicamente rideterminate con provvedimento della Commissione europea

i criteri per calcolare il valore stimato degli appalti.

Il calcolo deve basarsi sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA comprendendo qualsiasi forma di opzioni o rinnovi del contratto ed anche eventuali premi o pagamenti per i candidati o gli offerenti.

divieto di frazionamento artificioso:

un appalto non può essere frazionato per evitare l'applicazione delle norme del codice e solo ragioni oggettive possono giustificare l'operazione di suddivisione.

la stima del valore dell'appalto debba essere effettuata al momento dell'invio dell'avviso di indizione di gara o del bando di gara, o al momento di avvio della procedura di affidamento se non sia prevista un'indizione di gara.

RUP (Art. 15)

figura del RUP,

E' un responsabile “di progetto” (o di “intervento”) e non di “procedimento” : infatti, si tratta del responsabile di una serie di “fasi” preordinate alla realizzazione di un “progetto”, o un “intervento pubblico”

Nomina del RUP

Si conferma che il RUP è nominato dal responsabile dell'unità organizzativa titolare del potere di spesa.

Soppresse due previsioni :

- deve essere di livello apicale”
- “laddove sia accertata la carenza nell'organico della suddetta unità organizzativa, il RUP è nominato tra gli altri dipendenti in servizio”.

Tuttavia in caso di mancata nomina del RUP nell'atto di avvio dell'intervento pubblico, l'incarico è svolto dal medesimo responsabile dell'unità organizzativa titolare del potere di spesa.

Possibilità per le stazioni appaltanti di nominare:

un responsabile per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e un responsabile per la fase di affidamento.

Tale opzione presenta il vantaggio di evitare un'eccessiva concentrazione in capo al RUP di compiti e responsabilità direttamente operative, spesso di difficile gestione nella pratica.

In caso di nomina dei responsabili di fase, rimangono in capo al RUP gli obblighi – e le connesse responsabilità – di supervisione, coordinamento, indirizzo e controllo, mentre sono ripartiti in capo ai primi i compiti e le responsabilità delle singole fasi a cui sono preposti.

Si introduce, quindi, un principio di “**responsabilità per fasi**”.

RUP (Art. 15)

Le competenze del RUP (provvedimentali, nonché di iniziativa, istruttorie, di coordinamento, di controllo, di certificazione etc...) è demandata a un allegato al codice di natura regolamentare, assorbendo le linee guida n. 3 dell'ANAC.

L'allegato I.2, in particolare, contiene la disciplina di dettaglio su:

- i compiti del RUP in rapporto alla esigenza di conseguire gli obiettivi connessi alla realizzazione dell'intervento pubblico nel rispetto dei tempi e dei costi programmati, della qualità richiesta, della sicurezza e della salute dei lavoratori, e quelli specifici del Direttore dei lavori e del Direttore dell'esecuzione nell'attuazione delle prestazioni contrattuali;

Compiti del RUP comuni a tutti i contratti e le fasi.

1. Il RUP, anche avvalendosi dei responsabili di fase nominati ai sensi dell'art. 15 comma 3 del codice, coordina il processo realizzativo dell'intervento pubblico nel rispetto dei tempi, dei costi preventivati, della qualità richiesta, della manutenzione programmata. Per la fase dell'esecuzione vigila in particolare sul rispetto delle norme poste a presidio della sicurezza e della salute dei lavoratori.

2. Il RUP ha i seguenti compiti specifici:

a) formula proposte e fornisce dati e informazioni al fine della predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e del programma triennale degli acquisti di beni e servizi da adottare ai sensi dell'art. 37 comma 1 lett. a) del codice. Predisponde altresì l'elenco annuale da approvare ai sensi dell'art. 37 comma 1 lett. b) del codice;

b) accerta la libera disponibilità di aree e immobili necessari e, in caso di lavori, la regolarità urbanistica dell'intervento pubblico o promuove l'avvio delle procedure di variante urbanistica;

c) propone alla stazione appaltante la conclusione di un accordo di programma quando si rende necessaria l'azione integrata e coordinata di diverse amministrazioni;

RUP (Art. 15)

Compiti del RUP comuni a tutti i contratti e le fasi.

- d) *propone l'indizione o, ove competente, indice la conferenza di servizi, quando sia necessario o utile per l'acquisizione di intese, pareri, concessioni, autorizzazioni, permessi, licenze, nulla osta, assensi, comunque denominati;*
- e) *svolge **l'attività di verifica dei progetti per lavori di importo inferiore a un milione di euro** e assicura il rispetto del procedimento di verifica della progettazione ai sensi dell'art. 42 del codice; **sottoscrive la validazione del progetto posto a base di gara unitamente al Responsabile della fase della progettazione**, ove nominato ai sensi dell'art. 15 comma 3 del codice, facendo riferimento al rapporto conclusivo redatto dal soggetto preposto alla verifica, e alle eventuali controdeduzioni del progettista. In caso di dissenso sugli esiti della verifica, il RUP fornisce adeguata motivazione;*
- f) *accerta e attesta le condizioni che richiedono di non suddividere l'appalto in lotti ai sensi dell'art. 58 comma 2 del codice;*
- g) *decide i sistemi di affidamento dei lavori, servizi e forniture, la tipologia di contratto da stipulare, il criterio di aggiudicazione da adottare;*
- h) *richiede alla stazione appaltante la nomina della commissione giudicatrice nel caso di affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 93 del codice;*
- i) *promuove l'istituzione dell'ufficio di direzione dei lavori;*
- l) *provvede all'acquisizione del CIG nel caso in cui non sia nominato un responsabile per la fase di affidamento;*
- m) *è responsabile degli adempimenti prescritti dall'articolo 1, comma 32, della legge n. 190/2012 **.(Assolvimento degli obblighi di pubblicazione e di trasmissione delle informazioni all'Autorità Nazionale Anticorruzione.)***

- *gli ulteriori requisiti di professionalità imposti dalla complessità e dalla natura dei contratti da affidare;*

Il RUP negli acquisti aggregati, negli acquisti centralizzati e in caso di accordi tra amministrazioni.

1. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 15 del codice, nei casi di acquisti aggregati, le stazioni appaltanti nominano un RUP per ciascun acquisto.

2. Il RUP, in coordinamento con il direttore dell'esecuzione, ove nominato, assume i compiti di cura, controllo e vigilanza del processo di acquisizione con particolare riferimento alle attività di:

- *a) programmazione dei fabbisogni;*
- *b) progettazione, relativamente all'individuazione delle caratteristiche essenziali del fabbisogno o degli elementi tecnici per la redazione del capitolato;*
- *c) esecuzione contrattuale;*
- *d) verifica della conformità delle prestazioni.*
- *le ipotesi di incompatibilità tra le funzioni del RUP e le ulteriori funzioni tecniche*
- **Incompatibilità con le funzioni di:**
- *Commissario di gara - Presidente commissione giudicatrice (v. comma 4, art.77, codice)*

Sentenza del [Consiglio di Stato, Sez. III, 26.10.2018 n. 6082](#) nella quale è stato evidenziato:

– che l'[art. 77 comma 4](#) del d.lgs. n. 50/2016 nella sua versione originaria (disponeva che “I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”;

-con la modifica introdotta in sede di correttivo dall'art. 46, comma 1, lett. d) del d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56, il predetto comma 4 dell'art. 77 cit. è stato arricchito di un addendum ai sensi del quale “**nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura**”.

- *di interventi di importo pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 14 del codice.*
- *euro 5.382.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni;*
- *euro 140.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle stazioni appaltanti che sono autorità governative centrali;*
- *euro 215.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e aggiudicati da stazioni appaltanti sub-centrali;*

- *le coperture assicurative da prevedere con oneri a carico della PA;*
- *gli obblighi formativi delle amministrazioni nei confronti del RUP;*
- *le ipotesi e le modalità di affidamento degli incarichi di supporto al RUP e della possibilità per quest'ultimo di affidarli direttamente, sotto la propria responsabilità di risultato.*

stazione appaltante può istituire una struttura stabile a supporto del RUP e può conferire, su proposta di quest'ultimo, incarichi per la migliore realizzazione dell'intervento pubblico, nel caso di appalti di particolare complessità che richiedano valutazioni e competenze altamente specialistiche.

La struttura di supporto al RUP può essere istituita anche in comune fra più stazioni appaltanti,

LA DIGITALIZZAZIONE DEL CICLO DI VITA DEI CONTRATTI (art. 19)

■

La digitalizzazione della pubblica amministrazione rappresenta la vera grande sfida dei prossimi anni per realizzare, in chiave moderna, la riforma del sistema economico-sociale e per essere, quindi, pronti a creare e a utilizzare la nuova fonte di ricchezza e di conoscenza rappresentata dai “dati”.

Nell’ambito di tale tema la digitalizzazione dei contratti pubblici risulta fondamentale, non solo per realizzare una vera transizione digitale, ma anche per il rilancio del Paese.

Tra gli obiettivi più rilevanti del Piano Nazionale di Ripresa e di Resilienza c’è proprio quello di « ***definire le modalità per digitalizzare le procedure per tutti gli appalti pubblici e concessioni e definire i requisiti di interoperabilità e interconnettività*** »

Il PNRR, inoltre, delinea l’obiettivo di realizzare un Sistema Nazionale di e-Procurement, entro il 31 dicembre 2023, volto a raccogliere le spinte di efficienza che giungono dallo sviluppo tecnologico e che rinnovino i rapporti tra amministrazioni pubbliche e operatori

LA DIGITALIZZAZIONE DEL CICLO DI VITA DEI CONTRATTI (art. 19)

In aderenza agli obiettivi del PNRR la legge delega 21 giugno 2022, n. 78 ha delineato i principi che caratterizzano le disposizioni in tema di digitalizzazione:

- *«gli obiettivi di riduzione e di certezza dei tempi relativi alle procedure di gara, alla stipula dei contratti e all'esecuzione degli appalti, dovranno essere raggiunti anche utilizzando la digitalizzazione e l'informatizzazione delle procedure, la piena attuazione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici e del fascicolo virtuale dell'operatore economico» (lett. m);*
- *«le stazioni appaltanti potranno ricorrere anche ad automatismi nella valutazione delle offerte» (lett. t).*

Il processo di digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici, inteso come l'insieme di tutte le attività che si susseguono dalla programmazione alla definizione del fabbisogno e fino alla completa esecuzione del contratto, costituisce una delle attività più onerose per le amministrazioni, le quali impiegano molto tempo ed ingenti risorse nello svolgimento delle procedure, ancora gestite in larga parte in modalità tradizionale.

Le disposizioni del Codice, in linea con il PNRR e con le indicazioni della legge delega, mirano all'obiettivo 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 esistenti e consentendo, contemporaneamente, un arricchimento delle stesse con i nuovi dati prodotti dalle singole procedure.

Tutte le attività dovranno svolgersi su *piattaforme telematiche "certificate" che assicurino l'interoperabilità dei servizi svolti e la confluenza delle informazioni su un'unica banca dati (la Banca dati nazionale dei contratti pubblici di ANAC)* che diventa, così, il collettore nazionale per gli appalti, anche ai fini dello svolgimento di una serie di adempimenti e servizi nevralgici per la legittimità delle procedure di gara, quale ad esempio la pubblicità legale.

LA DIGITALIZZAZIONE DEL CICLO DI VITA DEI CONTRATTI (art. 19)

Il comma 1 richiama i principi fondamentali che vengono in rilievo con l'attività di digitalizzazione; in particolare, si tratta dei principi di neutralità tecnologica, trasparenza, sicurezza informatica, protezione dei dati personali.

■

Principi che consentiranno di dare attuazione in primis al diritto di cittadinanza digitale

Il comma 2 chiarisce il **principio** per cui ***i dati e le informazioni già nella disponibilità delle amministrazioni***, ovvero che possono essere acquisite tramite l'accesso a banche dati delle pubbliche amministrazioni, non dovranno essere richiesti ripetutamente, ma ***saranno forniti una sola volta***.

Il comma 3 sottolinea l'importanza che tutte ***le attività e i procedimenti amministrativi connessi al ciclo di vita dei contratti pubblici siano svolti digitalmente***

Il comma 4 ribadisce *che i soggetti titolari di banche dati consentano automaticamente l'accesso digitale alle informazioni disponibili presso le banche dati di cui sono titolari, mediante le tecnologie di interoperabilità dei sistemi informativi*

Il comma 5 prevede che *le stazioni appaltanti, gli enti concedenti, nonché gli operatori economici adottano misure tecniche e organizzative a presidio della sicurezza informatica e della protezione dei dati personali.*

Il riferimento è *all'attuazione del sistema delle certificazioni di sicurezza informatica, alla realizzazione del **Polo strategico nazionale**, alla proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale)*

Inoltre è previsto che le stazioni appaltanti assicurano *la formazione del personale addetto, garantendone il costante aggiornamento*

le stazioni appaltanti ricorrono ove possibile, e in base al tipo di procedura di affidamento da realizzare, a procedure automatizzate nella valutazione delle offerte.

Ciclo di vita digitale dei contratti pubblici. Art. 21

Il comma 1 indica le *fasi del ciclo di vita dei contratti pubblici, da intendersi come le attività riguardanti le procedure di gara fino a includere quelle conclusive del contratto.*

L'idea di fondo è che tutte le attività devono essere conoscibili e riconducibili a un numero identificativo iniziale assegnato alla singola procedura, avviata con il Codice Unico di Progetto (CUP) e il Codice Identificativo di gara (CIG).

Il ciclo di vita digitale riferito al singolo contratto si articola nelle fasi previste dalla disposizione, cioè la *programmazione*, con il riferimento all'ambito in cui si inserisce la procedura da indire, la *progettazione*, che rappresenta l'ideazione della documentazione di gara, la *pubblicazione*, che comporta la conoscibilità, per la generalità, dell'avvio della procedura e che permette ai potenziali interessati di partecipare, *l'affidamento* che, in dipendenza della tipologia di procedura utilizzata, culmina con l'individuazione del soggetto con cui sarà stipulato il contratto e, infine, la fase di *esecuzione del contratto*.

I commi 2 e 3 precisano che tutte le *attività svolte e riguardanti l'intero ciclo di vita dei contratti devono essere espletate mediante utilizzo di piattaforme e servizi interoperabili*, perché solo così si consente la produzione di dati e lo scambio degli stessi tra banche dati.

Inoltre introducono la regola generale per cui *sia le stazioni appaltanti sia gli operatori economici devono operare digitalmente attraverso i sistemi digitali*, individuati dalle disposizioni della Parte II, del Libro I.

Ai fini della tracciabilità dei flussi finanziari, all'atto dell'avvio della procedura di gara deve essere acquisito il codice identificativo di gara (CIG) secondo quanto previsto dall'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136.

Ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale (e-procurement). Art. 22

*L'ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale (e-procurement) è costituito dalle **piattaforme e dai servizi digitali infrastrutturali abilitanti la gestione del ciclo di vita dei contratti pubblici e dalle piattaforme di approvvigionamento digitale utilizzate dalle stazioni appaltanti***

Individuate le attività che saranno realizzate digitalmente attraverso le piattaforme** (redazione di documenti nativamente digitali, accesso elettronico alla documentazione, presentazione delle offerte) **e prescritta l'interoperabilità con le banche dati che contengono i dati utili per le procedure di gara e con il fascicolo virtuale dell'operatore economico, per ciò che attiene alle verifiche relative al possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara.

Inoltre attraverso le piattaforme ***si prevede anche la realizzazione del controllo tecnico, contabile e amministrativo dei contratti anche in fase di esecuzione e la gestione delle garanzie presentate.***

*La Banca dati nazionale dei contratti pubblici istituita presso l'ANAC e alle sezioni in essa contenute, **diventa l'infrastruttura tecnologica portante dell'ecosistema nazionale di eprocurement.***

*assicura **«l'efficacia, la trasparenza e il controllo in tempo reale dell'azione amministrativa per l'allocazione della spesa pubblica in lavori, servizi e forniture, anche al fine del rispetto della legalità e del corretto agire della pubblica amministrazione e prevenire fenomeni di corruzione».***

L'obiettivo è di realizzare un **“Portale Unico per gli appalti”**, valorizzando il patrimonio infrastrutturale e di dati già in possesso dell'Autorità 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 di tutte le fasi della gara pubblica.

Le attuali sezioni in cui articola la banca dati nazionale dei contratti pubblici sono:

l'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti, ivi compreso l'elenco dei soggetti aggregatori,

il Casellario informatico,

l'Anagrafe degli operatori economici,

la Piattaforma nazionale degli appalti

***il fascicolo virtuale dell'operatore economico** recante i dati e le informazioni per la verifica dell'assenza delle cause di esclusione e per l'attestazione per i soggetti esecutori di lavori pubblici, nonché i dati e i documenti relativi ai criteri di selezione che l'operatore economico inserisce.*

Ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale (e-procurement). Art. 22

La Banca dati nazionale dei contratti pubblici interagisce con le piattaforme di approvvigionamento digitale utilizzate dalle stazioni appaltanti e con il portale dei soggetti aggregatori di cui al decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66.

Fondamentale sarà quindi l'attività di acquisizione dei dati: oltre a quelli che vi giungono per competenza, tramite i sistemi informatizzati di ANAC, *sarà importante che confluiscano nella banca dati tutte le informazioni contenute nelle banche dati esistenti, anche a livello territoriale, onde garantire accessibilità unificata, trasparenza, pubblicità e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi a essa prodromiche e successive.*

La banca dati nazionale dei contratti pubblici interoperava con le piattaforme digitali di e-procurement utilizzate dalle stazioni appaltanti per la digitalizzazione di tutte le fasi del ciclo di vita dei contratti pubblici

Affinché la Banca dati nazionale dei contratti pubblici svolga il suo ruolo di collettore nazionale dei dati e delle informazioni sul ciclo di vita dei contratti pubblici è necessario che *sia costante e tempestiva l'attività di popolamento dei dati nella banca dati.*

Per questa ragione viene prevista la possibilità di irrogare una **sanzione** a carico dei soggetti che omettano di trasmettere dati ovvero trasmettano informazioni non veritiere

La digitalizzazione dei contratti pubblici si avvale anche delle Piattaforme di approvvigionamento digitale (art. 25), delle Aste elettroniche (art. 33) e dei Cataloghi elettronici (art. 34).

Anagrafe degli operatori economici partecipanti agli appalti - Art. 31

È istituita presso l'ANAC l'Anagrafe degli operatori economici a qualunque titolo coinvolti nei contratti pubblici, che si avvale del Registro delle imprese e si integra con il Sistema pubblico di identità digitale.

L'Anagrafe censisce gli operatori economici di cui al comma 1, nonché i soggetti, le persone fisiche e i titolari di cariche ad essi riferibili.

Per le persone fisiche di cui al comma 2 l'Anagrafe assume valore certificativo per i ruoli e le cariche rivestiti non risultanti dal Registro delle imprese.

L'Anagrafe si avvale delle informazioni presenti nel Registro delle imprese in quanto fonte del sistema delle imprese;

censisce altresì gli operatori economici partecipanti alle gare non tenuti all'iscrizione nel registro delle imprese (e.g.: imprese straniere, raggruppamenti temporanei di imprese, ecc.).

Infine, di rilievo la disposizione per cui per le persone fisiche inserite nell'Anagrafe con riferimento ai vari operatori economici assumono valore₂₈ certificativo i ruoli e le cariche rivestiti non risultanti dal registro delle imprese.

Programmazione (art. 37)

Il nuovo Codice Appalti prevede

una programmazione per le opere prioritarie, con l'inserimento dell'elenco delle opere prioritarie direttamente nel Documento di economia e finanza (DEF), a valle di un confronto tra Regioni e Governo;

Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano *il programma triennale dei lavori pubblici e il programma triennale degli acquisti di beni e servizi*, nel rispetto dei documenti programmatori e in coerenza con il bilancio e, per gli enti locali, secondo le norme della programmazione economico-finanziaria e i principi contabili;

il programma triennale dei lavori pubblici e i relativi aggiornamenti annuali contengono i lavori, compresi quelli complessi e da realizzare tramite concessione o partenariato pubblico-privato, il cui importo si stima pari o superiore a 150.000 euro.

È previsto l'inserimento nel piano triennale anche dei lavori superiori a 1 milione di euro previa approvazione del documento di fattibilità delle alternative progettuali e nell'elenco annuale previa approvazione del documento di indirizzo della progettazione.

L'obbligo di redazione di siffatto documento viene escluso per i lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria, di qualunque importo, per i quali la redazione è rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione.

Programmazione (art. 37)

E' prevista anche per la programmazione degli acquisti di beni e servizi, una soglia minima ai fini dell'obbligo di inserimento nella programmazione triennale (140.000 euro).

Si prevede l'obbligo di pubblicazione degli atti di programmazione sul profilo del committente e nella banca dati nazionale dei contratti pubblici.

E' esclusa dall'ambito di applicazione la pianificazione dei soggetti aggregatori e delle centrali di committenza.

Si rinvia all'allegato I.5 al codice per la disciplina di dettaglio degli schemi tipo, degli ordini di priorità degli interventi e della specificazione delle fonti di finanziamento.

Tale allegato riprende il contenuto del vigente **d.m. 14/2018**, senza variazioni particolarmente rilevanti salvi gli adattamenti alle nuove terminologie e ai nuovi istituti introdotti dal nuovo codice (p.es. programmazione triennale anziché biennale) e quelli imposti dalla "riscrittura" in modo più organico e razionale dell'articolo 37 del nuovo codice rispetto al vigente art. 21 del d.lgs. n. 50/2016.

LA PROGETTAZIONE - Art. 41

L'articolo attua una significativa revisione della disciplina vigente con lo scopo di semplificare i contenuti della disciplina contenuta nel codice

Introduce una riduzione degli attuali tre livelli di progettazione a due soli livelli costituiti dal progetto di fattibilità tecnica ed economica e dal progetto esecutivo, specificando gli scopi della progettazione.

Tale soluzione costituisce attuazione del criterio direttivo previsto dalla legge delega, finalizzato alla “**semplificazione delle procedure relative alla fase di approvazione dei progetti in materia di opere pubbliche, anche attraverso la ridefinizione dei livelli di progettazione ai fini di una loro riduzione, lo snellimento delle procedure di verifica e validazione dei progetti e la razionalizzazione della composizione e dell’attività del Consiglio superiore dei lavori pubblici**” (art. 1, comma 2, lett. q).

Un apposito allegato al codice (**allegato I.7**), avente natura regolamentare, contiene la disciplina dei contenuti della progettazione nei suoi due diversi livelli, nonché della verifica della progettazione medesima, dando attuazione agli articoli da 41 a 44 del codice.

Si tratta di un allegato fortemente innovativo rispetto alla disciplina previgente.

Livelli della progettazione di lavori pubblici.

1. Ai sensi dell’articolo 41 del codice, la progettazione in materia di lavori pubblici si articola secondo due livelli di successivi approfondimenti tecnici, in:

a) progetto di fattibilità tecnica ed economica;

b) progetto esecutivo.

2. I livelli di cui al comma 1 costituiscono una suddivisione di contenuti progettuali che sono sviluppati progressivamente nell’ambito di un processo unitario senza soluzione di continuità, al fine di assicurare la coerenza della progettazione ai diversi livelli di elaborazione e la rispondenza al quadro esigenziale e al documento di indirizzo alla progettazione

LA PROGETTAZIONE - Art. 41

Progetto di fattibilità tecnico-economica.

Il progetto di fattibilità tecnico-economica (nel seguito PFTE), *costituisce lo sviluppo progettuale della soluzione che, presenta il miglior rapporto tra costi complessivi da sostenere e benefici attesi per la collettività*

Il PFTE è elaborato sulla base *della valutazione delle caratteristiche del contesto nel quale andrà inserita la nuova opera*, compatibilmente con le preesistenze (anche di natura ambientale, paesaggistica ed archeologica). A questo fine ci si può avvalere, nei casi previsti dall'articolo 43 del codice, di modelli informativi digitali dello stato dei luoghi.

Durante la fase *di progettazione di fattibilità tecnica ed economica sono svolte adeguate indagini e studi conoscitivi* (morfologia, geologia, geotecnica, idrologia, idraulica, sismica, unità ecosistemiche, evoluzione storica, uso del suolo, destinazioni urbanistiche, valori paesistici, architettonici, storico-culturali, archeologia preventiva, vincoli normativi, ecc.) *anche avvalendosi di tecnologie di rilievo digitale finalizzate alla definizione di modelli informativi dell'esistente.*

Il **PFTE**, in relazione alle dimensioni, alla tipologia ed alla categoria dell'intervento è composto dai seguenti elaborati:

- a) *relazione generale;*
- b) *relazione tecnica, corredata da rilievi, accertamenti, indagini e studi specialistici;*
- c) *relazione di verifica preventiva dell'interesse archeologico (articolo 28, comma 4, del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42) ed eventuali indagini dirette sul terreno, anche digitalmente supportate;*
- d) *studio di impatto ambientale, per le opere soggette a valutazione di impatto ambientale (nel seguito VIA);*
- e) *relazione di sostenibilità dell'opera;*
- f) *rilievi plano-altimetrici e stato di consistenza delle opere esistenti e di quelle interferenti nell'immediato intorno dell'opera da progettare;*
- g) *modelli informativi e relativa relazione specialistica nei casi previsti dall'articolo 43 del codice;*
- h) *elaborati grafici delle opere, nelle scale adeguate, integrati e coerenti con i contenuti dei modelli informativi quando presenti;*
- i) *computo estimativo dell'opera;*
- j) *quadro economico di progetto;*
- k) *piano economico e finanziario di massima, per le opere da realizzarsi mediante partenariato pubblico-privato;*
- l) *cronoprogramma;*
- m) *piano di sicurezza e di coordinamento, finalizzato alla tutela della salute e sicurezza dei lavoratori nei cantieri, Stima dei costi della sicurezza. Il piano di sicurezza e di coordinamento può essere supportato da modelli informativi;*
- n) *capitolato informativo nei casi previsti dall'articolo 43 del codice. Il capitolato informativo conterrà al proprio interno le specifiche relative alla equivalenza dei contenuti informativi presenti nei documenti nei confronti dei livelli di fabbisogno informativo richiesti per i modelli informativi;*
- o) *piano preliminare di manutenzione dell'opera e delle sue parti. Il piano di manutenzione può essere supportato da modelli informativi;*
- p) *piano preliminare di monitoraggio geotecnico e strutturale;*
- q) *per le opere soggette a VIA, e comunque ove richiesto, piano preliminare di monitoraggio ambientale;*
- r) *piano particellare delle aree espropriande o da acquisire, ove pertinente.a*

LA PROGETTAZIONE - Art. 41

Progetto esecutivo.

■

Il progetto esecutivo, redatto in conformità al precedente livello di progettazione di fattibilità tecnico-economica, **determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare, il relativo costo previsto con l'indicazione delle coperture finanziarie ed il cronoprogramma.**

Il progetto esecutivo deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale che ogni elemento sia identificato in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo.

Il progetto deve essere, altresì, corredato da apposito piano di manutenzione dell'opera e delle sue parti, in relazione al ciclo di vita dell'opera stessa.

LA PROGETTAZIONE - Art. 41 Progetto esecutivo.

E' composto dai seguenti documenti:

- a) relazione generale;
- b) relazioni specialistiche;
- c) elaborati grafici, comprensivi anche di quelli relativi alle strutture e agli impianti, nonché, ove previsti, degli elaborati relativi alla mitigazione ambientale, alla compensazione ambientale, al ripristino ed al miglioramento ambientale;
- d) calcoli del progetto esecutivo delle strutture e degli impianti;
- e) piano di manutenzione dell'opera e delle sue parti;
- f) aggiornamento del Piano di sicurezza e di coordinamento di cui all'articolo 100 del TU 81 2008;
- g) quadro di incidenza della manodopera;
- h) cronoprogramma;
- i) elenco dei prezzi unitari ed eventuali analisi;
- l) computo metrico estimativo e quadro economico;
- m) schema di contratto e capitolato speciale di appalto;
- n) piano particellare di esproprio aggiornato;
- o) relazione tecnica ed elaborati di applicazione dei criteri minimi ambientali (CAM) di riferimento, p) fascicolo adattato alle caratteristiche dell'opera, recante i contenuti di cui all'Allegato XVI del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81;
- q) nel caso in cui si ricorra ai metodi e agli strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni, gli elaborati grafici devono essere estratti dai predetti modelli informativi.
- r) per le opere soggette a valutazione d'impatto ambientale (VIA) e comunque ove espressamente richiesto, *il progetto esecutivo comprende inoltre il Manuale di gestione ambientale del cantiere;*
- s) nell'ipotesi di affidamento congiunto di progettazione esecutiva ed esecuzione di lavori sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica, *il progetto esecutivo non può prevedere significative modifiche alla qualità e alle quantità delle lavorazioni previste nel progetto di fattibilità tecnica ed economica.* Sono ammesse le modifiche qualitative e quantitative, contenute entro i limiti stabiliti dal codice, che non incidano su eventuali prescrizioni degli enti competenti e che non comportino un aumento dell'importo contrattuale.

LA PROGETTAZIONE - Art. 41

Per i contratti relativi **a lavori, servizi e forniture**, il **costo del lavoro** è *determinato* annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali *sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale* tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali.

In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più affine a quello preso in considerazione.

Per i contratti relativi **a lavori**, il **costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni** è *determinato facendo riferimento ai prezzi correnti alla data dell'approvazione del progetto riportati nei prezziari predisposti annualmente dalle regioni e dalle province autonome o adottati*, laddove necessario in base alla natura e all'oggetto dell'appalto, dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti.

In mancanza di prezziari aggiornati, il costo è determinato facendo riferimento ai listini ufficiali o ai listini delle locali camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura oppure, in difetto, ai prezzi correnti di mercato in base al luogo di effettuazione degli interventi.

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 che 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.

Verifica della progettazione - Articolo 42.

1. Nei contratti relativi ai lavori la stazione appaltante e l'ente concedente verificano la rispondenza del progetto alle esigenze espresse nel documento d'indirizzo e la sua conformità alla normativa vigente. La **verifica ha luogo durante lo sviluppo della progettazione in relazione allo specifico livello previsto per l'appalto**. In caso di affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione, nonché nei contratti di partenariato pubblico-privato, la verifica del progetto di fattibilità tecnico-economica è completata prima dell'avvio della procedura di affidamento e la verifica del progetto esecutivo redatto dall'aggiudicatario è effettuata prima dell'inizio dei lavori.

2. Per accertare la coerenza del progetto nelle sue diverse fasi con il documento di indirizzo della progettazione, il RUP, se non effettua personalmente la verifica, ne segue lo sviluppo parallelamente alla progettazione, garantendo il contraddittorio tra il soggetto che esegue la verifica e il progettista. **L'attività di verifica è incompatibile, per uno stesso progetto, con le attività di progettazione, di coordinamento della relativa sicurezza, di direzione dei lavori e di collaudo.**

3. **La verifica accerta la conformità del progetto alle prescrizioni eventualmente impartite dalle amministrazioni competenti prima dell'avvio della fase di affidamento e, se ha esito positivo, assolve a tutti gli obblighi di deposito e di autorizzazione per le costruzioni in zone sismiche, nonché di denuncia dei lavori all'ufficio del genio civile.** I progetti, corredati dalla attestazione dell'avvenuta positiva verifica, sono depositati con modalità telematica interoperabile presso l'Archivio informatico nazionale delle opere pubbliche del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibile.

4. La **validazione del progetto** posto a base di gara è l'atto formale che riporta gli esiti della verifica. La validazione è **sottoscritta dal responsabile del relativo procedimento e fa preciso riferimento al rapporto conclusivo del soggetto preposto alla verifica e alle eventuali controdeduzioni del progettista. Il bando e la lettera di invito per l'affidamento dei lavori devono contenere gli estremi dell'avvenuta validazione del progetto posto a base di gara.**

5. **L'allegato I.7** indica i **contenuti e le modalità delle attività di verifica, nonché i soggetti che vi provvedono.**

Gli oneri conseguenti all'accertamento della rispondenza agli elaborati progettuali sono ricompresi nelle risorse stanziare per la realizzazione delle opere.

Appalto integrato – Art. 44

Definizione

Negli appalti di lavori, con la decisione di contrarre, la stazione appaltante o l'ente concedente, se qualificati, può stabilire che il *contratto abbia per oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori sulla base di un progetto di fattibilità tecnico-economica approvato*.

Tale facoltà non può essere esercitata per gli appalti di opere di manutenzione ordinaria.

La stazione appaltante o l'ente concedente motiva la scelta con riferimento alle esigenze tecniche, tenendo sempre conto del rischio di eventuali scostamenti di costo nella fase esecutiva rispetto a quanto contrattualmente previsto.

Disciplina D.Lgs 50/2016 -

In linea generale ***l'appalto integrato è vietato*** in ragione della disciplina contenuta nell'art. **59, comma 1, del d.lgs. 50/2016**.

Dal divieto sono esclusi gli affidamenti a contraente generale, con finanza di progetto, in concessione, in partenariato pubblico privato, con contratto di disponibilità o locazione finanziaria e in caso di realizzazione di opere di urbanizzazione a scomputo.

L'art. 1 bis della predetta disposizione consente *tuttavia l'espletamento di questa tipologia di appalto se l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto di affidamento è “**nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo**”*.

Deroga

*Il divieto di affidare lavori con appalto integrato è stato, tuttavia, oggetto di **sospensione fino al 30 giugno 2023** per effetto dei Decreti Semplificazione (d.l. n. 76/2020, convertito nella l. 120/2020, ed ancora DL 77/2021 convertito nella l. n. 108/2021);*

Per gli appalti nell'ambito del PNRR/PNC l'affidamento di progettazione ed esecuzione è ammesso sulla base di quanto previsto dall'art. 48, comma 5 del d.l. n. 77/2021, convertito nella l. n.108/2021.

Appalto integrato – Art. 44

La legge delega ha affidato al legislatore delegato il compito di individuare le “**ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori, fermi restando il possesso della necessaria qualificazione per la redazione dei progetti nonché l'obbligo di indicare nei documenti di gara o negli inviti le modalità per la corresponsione diretta al progettista, da parte delle medesime stazioni appaltanti, della quota del compenso corrispondente agli oneri di progettazione indicati espressamente in sede di offerta dall'operatore economico, al netto del ribasso d'asta**”

E' ammesso **l'appalto integrato per i lavori complessi**, rimettendo alla stazione appaltante o all'ente concedente di poter stabilire che il contratto abbia per oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori sulla base di un progetto di fattibilità tecnico - economica previamente approvato;

una **facoltà non esercitabile per appalti di valore predefinito**, con rinvio all'allegato, e per **appalti che**, indipendentemente dal loro valore, **abbiano ad oggetto opere di manutenzione ordinaria e straordinaria**.

Il comma 2 prevede che **l'opzione per l'appalto integrato** debba essere *motivata con riferimento alle esigenze tecniche e tenendo sempre conto del rischio di eventuali scostamenti di costo nella fase esecutiva rispetto a quanto contrattualmente previsto*.

Ciò comporta che, *nella determinazione a contrarre, la stazione appaltante è tenuta ad esplicitare che sussistono le condizioni legittimanti, ovvero che l'affidamento in corso di svolgimento non rientra nelle categorie per le quali è escluso l'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione e che abbia ad oggetto lavori complessi*.

Il comma 3 pone un principio di particolare **specializzazione professionale nei confronti degli operatori da ammettere alle procedure di affidamento di appalti integrati**, stabilendosi che *debbono possedere i requisiti prescritti per i progettisti o, in mancanza, debbano avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta* (e, quindi, da individuare preventivamente nella compagine che partecipa alla gara), *ovvero, in alternativa, partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione*.

Il comma 4 stabilisce che le **offerte relative ad appalti integrati siano valutate mediante il solo criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo**, e che si indichi distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione e per l'esecuzione dei lavori.

Il comma 5 prevede che **l'esecuzione dei lavori può iniziare solo dopo l'approvazione**, da parte della stazione appaltante, **del progetto esecutivo** al fine di evitare che la verifica della progettazione determini rallentamenti o blocchi della procedura.

Incentivi alle funzioni tecniche – Art. 45

Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti destinano risorse finanziarie per le **funzioni tecniche svolte dai dipendenti, in misura non superiore al 2 % dell'importo dei lavori, dei servizi e delle forniture**, posto a base delle procedure di affidamento. Il presente comma si applica anche agli appalti relativi a servizi o forniture nel caso in cui è nominato il direttore dell'esecuzione.

È fatta salva, ai fini dell'esclusione dall'obbligo di destinazione delle risorse di cui al presente comma, la facoltà delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti di prevedere svolte dai propri dipendenti

La finalità è quella di stimolare, attraverso la corretta erogazione degli incentivi, l'incremento delle professionalità interne all'amministrazione e il risparmio di spesa per mancato ricorso a professionisti esterni.

Il comma 3 stabilisce *che gli incentivi per funzioni tecniche (pari all'80 %) sono erogati direttamente al personale dipendente*

Si specifica che:

- i) l'incentivo è ripartito tra il RUP e i soggetti che svolgono le funzioni tecniche indicate nell'allegato I.10 nonché tra i loro collaboratori;***
- ii) gli importi sono comprensivi anche degli oneri previdenziali e assistenziali a carico dell'amministrazione.***

Il comma 5 prevede che la *residua percentuale delle risorse indicate (20 %)*, con esclusione delle somme a destinazione vincolata, sia destinata a una serie di finalità

Tra queste, in particolare, si segnalano l'obbligo di destinazione :

- *alla formazione per l'incremento delle competenze digitali,*
- *alla specializzazione del personale che svolge funzioni tecniche*
- *all'assicurazione obbligatoria del personale.*

Le Procedure sotto soglia: Le conferme e le novità introdotte

Introduzione

La Parte I del Libro II contiene, raccolte unitariamente, l'insieme delle *norme riferite ai contratti sottosoglia, riguardanti i punti qualificanti della procedura di affidamento, dai principi applicabili, alle modalità di individuazione dell'affidatario, agli snodi dei meccanismi di gara che sono stati disciplinati in termini difforni dal soprasoglia* (oltre alle modalità di individuazione del contraente, le offerte anomale, le garanzie delle offerte, ecc)

Si tratta di una significativa innovazione rispetto al decreto legislativo n. 50 del 2016, nel quale le previsioni proprie del sottosoglia erano sparse nell'intera disciplina codicistica, che consente una più agevole individuazione della normativa applicabile ai contratti di importo inferiore alle soglie europee e un più diretto apprezzamento del complessivo regime giuridico differenziale che connota questo settore della contrattualistica, settore che vale da solo all'incirca l'80 % della spesa complessiva per appalti e concessioni.

La disciplina è stata elaborata in attuazione dei principi di cui alla legge delega 21 giugno 2022, n. 78 che indica *l'obiettivo di semplificazione nonché i principi cui deve ispirarsi la regolazione dei contratti di importi inferiori alle soglie europee, e sui meccanismi di determinazione ed esclusione delle offerte anomale.*

In considerazione del riscontrato buon esito conseguito dalla suddetta disciplina, si è infatti prevista *l'estensione a regime di gran parte delle previsioni che i decreti legge richiamati dettavano con esclusivo riferimento alla fase emergenziale (limitatamente cioè all'ipotesi in cui la "determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 30 giugno 2023",*

La disciplina dei contratti sottosoglia si completa poi con le norme di portata generale, applicabili a tutti gli affidamenti posti in essere dalle stazioni appaltanti (pensiamo ai principi applicabili agli affidamenti di ogni importo) e con quelle contenute negli Allegati, cui le norme del codice fanno rinvio, come in materia di elenchi e indagini di mercato e di metodi per la determinazione della soglia di anomalia delle offerte

Il comma 2 dell'art. 48 è del tutto nuovo e prevede il *regime giuridico differenziale che la stazione appaltante deve applicare agli affidamenti di importo inferiore alle soglie europee quando accerti la sussistenza di un interesse transfrontaliero.*

La previsione in esame tiene conto della *giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, secondo la quale gli appalti di valore inferiore alle soglie UE, devono essere aggiudicati in modo trasparente e competitivo se presentano un interesse transfrontaliero certo.*

La previsione tiene altresì conto di quanto stabilito nella *lettera della Commissione europea del 6 aprile 2022, di messa in mora dell'Italia, la quale ha ritenuto la suddetta disciplina violativa dei principi europei di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, laddove non obbliga la stazione appaltante a valutare se l'appalto presenti un interesse transfrontaliero certo.*

Con il comma 2 in esame *si è stabilito di sottoporre l'affidamento dei contratti sottosoglia, allorquando presentino interesse transfrontaliero certo alla luce della giurisprudenza europea, alle procedure ordinarie proprie del soprasoglia, ciò al fine di non onerare le stazioni appaltanti del complesso compito di individuare quale possa essere la disciplina adeguata a tale categoria di contratti.*

Principio di rotazione degli affidamenti - Art. 49

L'art. 49 disciplina le modalità operative del principio di rotazione, che costituisce principio generale degli affidamenti dei contratti sottosoglia, in attuazione dell'art. 1, comma 2, lett. e), della legge delega 21 giugno 2022, n. 78.

Tale principio, come noto, era già contemplato dalla pregressa disciplina codicistica, in particolare dall'art. 36, comma 1, del decreto legislativo n. 50 del 2016 che impone il «**rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti**».

La pregressa disciplina ha avuto attuazione attraverso una normativa di dettaglio dettata dalle Linee Guida ANAC n. 4, in particolare ai punti 3.6 e 3.7.

In continuità con la disciplina pregressa e con le previsioni delle Linee Guida ANAC n. 4 si impone il **rispetto del principio di rotazione già nella fase degli inviti**, con lo scopo di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della commessa da realizzare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici e stabilisce che:

- **il principio di rotazione si applica con riferimento all'affidamento immediatamente precedente nei casi in cui i due consecutivi affidamenti abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi (comma 2);**
- **ai fini della rotazione, la stazione appaltante, con proprio provvedimento, può ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico e la rotazione si applica con riferimento a ciascuna fascia (comma 3);**
- **il principio di rotazione non si applica 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 (comma 5).**

Una tale opzione, avallata dalla giurisprudenza (Consiglio di Stato, sez. V, 24 maggio 2021, n. 3999), si giustifica in quanto in detta ipotesi 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, esigenza che non viene in rilievo allorché la stazione appaltante decida di non introdurre alcun sbarramento al numero degli operatori da invitare alla procedura negoziata all'esito dell'indagine di mercato.

Principio di rotazione degli affidamenti - Art. 49

In termini innovativi la norma in commento stabilisce:

- ***in caso di procedura negoziata il principio di rotazione comporta il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto nei confronti del contraente uscente (comma 2).*** La rotazione si ha, quindi, solo a carico del soggetto che abbia conseguito la precedente aggiudicazione, escludendo, invece, dal divieto coloro che erano stati soltanto invitati alla precedente procedura negoziata, senza conseguire poi l'aggiudicazione e (al contrario, le Linee Guida ANAC cit. stabilivano 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*»)
- ***in casi debitamente motivati con riferimento alla particolare struttura del mercato e alla riscontrata effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto l'esecutore uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto (comma 4).*** La disposizione, rispetto alla disciplina delle Linee Guida ANAC n. 4, risulta innovativa nella parte in cui, a determinate condizioni, consente di reinvitare l'uscente alla successiva procedura negoziata mentre, in riferimento agli affidamenti diretti, riproduce sostanzialmente la disciplina di cui al punto 3.7 delle Linee Guida
- le Linee Guida ANAC prevedevano che «negli affidamenti di importo inferiore a 1.000 euro, è consentito derogare all'applicazione del presente paragrafo, con scelta, sinteticamente motivata, contenuta nella determinazione a contrarre od in atto equivalente». Si ***è ritenuto di estendere, tale previsione, che favorisce la semplificazione e velocizzazione degli affidamenti di importo minimo, stabilendo che "è comunque consentito derogare alla rotazione per gli affidamenti di importo inferiore a 5.000 euro"***.

Procedure per l'affidamento – Art. 50

L'art. 50 disciplina le procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea

In particolare, al comma 1 sono confermati i seguenti profili della disciplina dei contratti sottosoglia, già propri della pregressa disciplina:

a) salvezza della normativa in materia di aggregazioni e centralizzazione delle committenze e di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza;

b) per quanto concerne gli appalti di lavori:

1) *affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici;*

2) *procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a un milione di euro;*

3) *procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno dieci operatori per lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie europee (euro 5.382.000 per gli appalti pubblici di lavori e concessioni)*

c) per quanto concerne gli appalti di servizi e forniture:

1) *affidamento diretto di servizi e forniture, compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 140.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici;*

2) *procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici (si rimette al Governo la scelta di ridurre eventualmente tale numero), per l'affidamento 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 rilevanza europea.*

- euro 140.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle stazioni appaltanti che sono autorità governative centrali;

- euro 215.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da stazioni appaltanti sub-centrali;

Procedure per l'affidamento – Art. 50

Per quanto riguarda i **criteri di selezione utilizzabili per l'aggiudicazione nell'ambito delle procedure negoziate sottosoglia**, viene stabilito il *principio di **libera scelta*** da parte delle stazioni appaltanti circa l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ovvero del prezzo più basso, funzionale alla conformazione delle regole di gara alle peculiarità di ciascun oggetto contrattuale, in modo tale da garantire il risultato migliore nell'ottica del soddisfacimento dell'interesse del committente.

Con riferimento ai **contratti ad alta intensità di manodopera** (per i quali «**il costo della manodopera è pari o superiore al 50% dell'importo complessivo dei corrispettivi**»), secondo la definizione dell'art. 2 lett. e Allegato I.1 del nuovo codice) *si impone invece alle stazioni appaltanti l'utilizzo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, onde evitare i costi sociali che potrebbero derivare da una concorrenza basata solamente sul prezzo.*

Il comma 6, estende senza limiti l'esecuzione anticipata del contratto senza condizionarla all'esistenza dei requisiti di urgenza, come, invece, accade attualmente.

Il comma 7 inerisce alla fase esecutiva, prevedendo, in un'ottica di semplificazione, la possibilità per la stazione appaltante di sostituire il certificato di collaudo o il certificato di verifica di conformità con il certificato di regolare esecuzione, che è emesso dal direttore dei lavori, dal RUP o dal direttore dell'esecuzione non oltre tre mesi dalla data di ultimazione delle prestazioni oggetto del contratto.

Il comma 8 prevede che i bandi e gli avvisi di preinformazione relativi ai contratti sottosoglia siano pubblicati a livello nazionale con le modalità di cui all'art. 85, con esclusione della trasmissione del bando di gara all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea,

Al comma 9 si sono previste, con riferimento alla conclusione delle procedure di affidamento dei contratti sottosoglia, misure di pubblicità aggiuntive rispetto a quelle già imposte dalla disciplina ordinaria, com'è nel caso della determina a contrattare o della composizione della commissione giudicatrice, dovendo infatti essere pubblicato anche l'avviso dei risultati.

Controllo sul possesso dei requisiti - Articolo 52

L'art. 52 prevede una modalità di **semplificazione per la verifica dei requisiti in riferimento agli affidamenti diretti di importo inferiore ai 40.000 € (cd. microaffidamenti)** ■

Per tali procedure la stazione appaltante è esonerata dall'obbligo di verifica puntuale dei requisiti dell'affidatario il quale deve attestare, con dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, la sussistenza dei requisiti di ordine generale e speciale richiesti per l'affidamento.

Ferma restando la facoltà di verificare il possesso dei requisiti da parte del singolo affidatario, il comma 1 prevede che *la stazione appaltante, in luogo di un controllo a carico di tutti gli affidatari, è obbligata solo a verificare le dichiarazioni tramite sorteggio di un campione individuato con modalità predeterminate ogni anno.*

Al fine di responsabilizzare l'affidatario allorché rende l'attestazione concernente il possesso dei requisiti, *la disposizione, al comma 2, stabilisce che, nell'ipotesi in cui, in esito al controllo a campione, risulti il mancato possesso dei requisiti dichiarati, le stazioni appaltanti procedono obbligatoriamente alla risoluzione del contratto, all'escussione dell'eventuale cauzione definitiva, alla comunicazione all'ANAC e alla sospensione dell'operatore economico dalla partecipazione alle procedure di affidamento di cui alla presente Parte, indette dalle medesime stazioni appaltanti, per un periodo da uno a 12 mesi decorrenti dall'adozione del provvedimento.*

Garanzie a corredo delle offerte – Art. 53

L'art. 53 ha ad oggetto **le garanzie a corredo delle offerte** e riprende nella sostanza, con alcune modifiche, la disciplina già contenuta nell'art. 1, comma 4, del decreto-legge n. 76 del 2020.

■

Al comma 1 si stabilisce che *la stazione appaltante non richiede le garanzie provvisorie previste per l'affidamento dei contratti soprasoglia dall'art. 106; può richiederle, con riferimento alle sole procedure negoziate «in considerazione della tipologia e specificità della singola procedura» quando «ricorrano particolari esigenze che ne giustifichino la richiesta», che la stazione appaltante indica nella determina a contrarre o nell'avviso di indizione della procedura o in altro atto equivalente.*

Rispetto al testo del decreto-legge n. 76 del 2020 si è inserita la limitazione della possibilità di richiedere le garanzie alle sole procedure negoziate.

Al comma 2 viene stabilito che, *se la garanzia provvisoria è dovuta, «il relativo ammontare non può superare 1% dell'importo previsto nell'avviso o nell'invito per il contratto oggetto di affidamento».*

Il comma 3 prevede quindi che *la garanzia provvisoria può essere costituita sotto forma di cauzione ovvero di fideiussione* e rinvia per le modalità attuative alla disciplina di cui all'art. 106.

Il comma 4 si occupa invece della *garanzia definitiva e prevede la facoltà della stazione appaltante di non richiederla per l'esecuzione dei contratti sottosoglia (nonché per i contratti di pari importo stipulati a valere su un accordo quadro) in casi debitamente motivati, con intento di semplificazione dell'esecuzione dei contratti di importi inferiore alle soglie europee.*

48

*In ogni caso, quando richiesta, **la garanzia definitiva è pari al 5 % dell'importo contrattuale.***

Esclusione automatica delle offerte anomale – Art. 54

L'articolo 54 del Nuovo Codice degli Appalti, identifica il trattamento delle offerte anomale, e si intitola “**Esclusione automatica delle offerte anomale**”.

■

Tale articolo disciplina le modalità di trattamento delle offerte anomale , nel caso di procedure di affidamento, attraverso il criterio del prezzo più basso, per lavori forniture e servizi, per importi inferiori alla soglia comunitaria.

In particolare, per tali tipologia di appalti, è prevista, che la Stazione Appaltante, può introdurre l'esclusione automatica delle offerte, che risultino anomale ma sempre che le stesse offerte, siano in numero pari o superiori alle 5 unità.

Tale norma, non si applicherebbe per:

a) agli affidamenti diretti per lavori di importo inferiore a 150.000 euro,

b) gli affidamenti diretti di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 140.000 euro.

E' data, nello stesso articolo, la facoltà per le Stazioni Appaltanti, di valutare comunque la congruità delle offerte che appaiano anormalmente troppo basse.

Spetta altresì alle Stazioni Appaltanti, indicare negli atti di gara, le modalità di individuazione delle offerte anomale.

Esclusione automatica delle offerte anomale – Art. 54

Il comma 1 stabilisce che, ove i contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea relativi ad appalti di lavori o servizi siano aggiudicati con il criterio del prezzo più basso e non presentino un interesse transfrontaliero certo, **le stazioni appaltanti**, in deroga all'art. 110, **prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultino anomale, «qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque».**

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

È in questo tipo di contesto che si pone il concetto di “**anomalia**” o, meglio, di “**offerte anormalmente basse**”.

Ai fini di velocizzare e semplificare il processo di gestione del rischio di anomalia, si è pertanto mantenuto un sistema di esclusione automatica, ma limitatamente a quelle situazioni con un numero di offerte sufficientemente elevato (almeno cinque) e per cui il processo di valutazione dell'anomalia sia più lungo e costoso per le stazioni appaltanti in ragione della maggior complessità intrinseca dei contratti (quindi, per appalti di lavori e servizi, ma non di forniture).

Il comma 2 contiene la parte più innovativa della disposizione, rappresentata dalla introduzione *dell'obbligo per le stazioni appaltanti di prevedere negli atti di indizione della procedura da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, oltre alla opzione per l'esclusione automatica delle offerte, anche il metodo matematico di determinazione della soglia di anomalia, individuato – a scelta delle medesime stazioni appaltanti – tra uno dei tre indicati nell'allegato II.2*

Allo scopo di ridurre in misura significativa rischi di manipolazione della soglia di anomalia, e, al contempo, assicurare il fondamentale bilanciamento tra il contenimento dei costi e l'ottenimento di una qualità dell'esecuzione del contratto adeguata alle esigenze della stazione appaltante, la disposizione *consente alle stazioni appaltanti di scegliere, in via alternativa e senza necessità di motivazione, uno dei tre metodi di calcolo della soglia* descritti nell'allegato II.2, con l'unica condizione di *indicare negli atti indittivi il metodo prescelto*

Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale – Art. 57

■

*Per **clausola sociale** si intende l’obbligo l’impresa aggiudicataria che subentra nell’esecuzione del servizio di assicurare i livelli occupazionali, procedendo all’assunzione del personale già alle dipendenze nell’impresa uscente*

il “Nuovo Codice” prevede che i bandi contengano “**specifiche clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell’offerta, misure orientate tra l’altro a garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato, nonché l’applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore....**”.

Le misure orientate a garantire la stabilità occupazionale del personale diventano requisiti necessari dell’offerta.

•Le clausole sociali nel D.Lgs. n. 50/2016

•Art. 50

■
•“Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell’Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l’applicazione da parte dell’aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all’articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81.

•I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50% dell’importo totale del contratto”

Il d.lgs. 50/2016 all’art. 50 prevede la disciplina della clausola sociale in maniera esplicita e con un contenuto più specifico rispetto all’art. 69 del d.lgs. n. 163/2006

E’ da ricordare che le Stazioni Appaltanti sono tenute all’applicazione delle clausole sociali sia nei contratti sopra soglia che sotto soglia.

(In quest’ultimo caso per effetto del Decreto Semplificazioni 2020 - D.L. n. 76 del 17 luglio 2020 convertito nelle L. 120/2020 che ha modificato l’art. 36, comma 1 del D.Lgs. 50/2016).

Le clausole sociali nel D.L. n. 77/2021 Pari opportunità: traguardo ambizioso che richiede uno sforzo congiunto di operatori economici e stazioni appaltanti

L'art. 47 che, ai commi 2 e 3, disciplina i **nuovi adempimenti**, posti rispettivamente a carico delle **aziende**, pubbliche o private, che occupano **più di cento dipendenti** e di quelle che, viceversa, occupano un numero di dipendenti **pari o superiore a quindici**.

Le prime sono tenute a produrre, al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta, la copia dell'**ultimo rapporto sulla situazione del personale**, con attestazione di conformità, pena l'esclusione dalla procedura di gara;

Le seconde, sono chiamate a consegnare alla stazione appaltante una **relazione di genere sulla situazione del personale** "entro sei mesi dalla conclusione del contratto", **pena l'impossibilità di partecipare** – in forma singola o associata – a **ulteriori procedure di affidamento** afferenti agli investimenti finanziati, in tutto o in parte, con le **risorse previste dal PNRR per un periodo di dodici mesi**.

Da entrambi i documenti (rapporto e relazione) – assoggettati a forme di pubblicità notizia – si devono evincere i dati sulla "situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni e in relazione allo stato delle assunzioni, della formazione, della promozione professionale, dei livelli, dei passaggi di categoria o di qualifica, di altri fenomeni di mobilità, dell'intervento della Cassa integrazioni guadagni, dei licenziamenti, dei prepensionamenti e dei pensionamenti, della retribuzione effettivamente corrisposta".

Le **stazioni appaltanti** sono tenute a **introdurre**, nei bandi di gara, negli avvisi e nelle lettere di invito, **specifiche clausole** – sotto forma di "requisiti necessari" e di "ulteriori requisiti premiali dell'offerta" – **volte a promuovere l'imprenditoria giovanile, la parità di genere nonché l'assunzione di giovani, con età inferiore a trentasei anni, e di donne**.

L'introduzione di tali clausole potrà essere "**bypassata**" solo "dandone adeguata e specifica motivazione, qualora l'oggetto del contratto, la tipologia o la natura del progetto o altri elementi puntualmente indicati ne rendano l'inserimento impossibile

Pari opportunità: traguardo ambizioso che richiede uno sforzo congiunto di operatori economici e stazioni appaltanti

La stessa procedura dovrà essere seguita per individuare una quota percentuale inferiore di assunzioni che gli operatori economici dovranno obbligarsi a riservare ai giovani e alle donne.

Al di fuori di tali ipotesi l'assunzione dell'obbligo di destinare all'occupazione giovanile e femminile una quota pari ad almeno il 30% delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione delle attività ad esso connesse o strumentali si pone quale requisito necessario dell'offerta.

La *lex specialis* di gara potrà, poi, prevedere ulteriori *misure premiali sotto forma di assegnazione di un punteggio aggiuntivo all'offerente o agli offerenti che versino in una delle ipotesi disciplinate dall'art. 47, comma 5, lett. da a) a e) e che dunque*

- i) abbiano dato prova di essersi astenuti dall'attuare condotte discriminatorie;*
- ii) dimostrino di aver messo in campo strumenti atti a conciliare le esigenze di vita e di lavoro dei propri dipendenti e a garantire la parità occupazionale e di genere nelle assunzioni, nelle retribuzioni e nel conferimento di incarichi apicali;*
- iii) si impegnino ad assumere giovani di età inferiore a trentasei anni e donne in aggiunta alla soglia minima percentuale prevista quale requisito di partecipazione.*

In soccorso delle stazioni appaltanti, vi sono le **linee guida** di cui al comma 8 **di stampo ministeriale** – che hanno definito “le modalità e i criteri applicativi delle misure previste”, individuando le “misure premiali” e la messa a disposizione dei “modelli di clausole da inserire nei bandi di gara, differenziate per settore, tipologia e natura del contratto o del progetto

L'art. 57 Clausole Sociali e criteri di sostenibilità energetica e ambientale

Il comma 1 dell'art. 57, quindi, prevede **“l'obbligo” per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, avvisi e inviti, specifiche “clausole sociali”** con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate a garantire la stabilità del personale impiegato.

Nel testo viene evidenziato che, *per gli affidamenti dei contratti di appalto e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, l'obbligo della previsione delle clausole sociali deve tenere conto «della tipologia di intervento in particolare ove riguardi il settore dei beni culturali e del paesaggio, e nel rispetto dei principi dell'Unione europea [...]».*

L'applicazione delle clausole sociali resta esclusa solo per i servizi di natura intellettuale.

L'art. 57, coerentemente con il criterio della delega, fa riferimento *espresso ai contratti collettivi nazionali e territoriali di settore.*

Specifica che le *clausole sociali debbano garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare.*

Si ricorda inoltre che l'art. 8, comma 5, del D.L. 76/2020, ha modificato la disciplina del “sottosoglia” (recata dall'art. 36 del Codice vigente) prevedendo, anche per tali contratti (così come per quelli “soprasoglia”), **l'obbligo per la stazione appaltante** (in luogo della mera facoltà contemplata dal testo previgente) **di inserire le clausole sociali in bandi, avvisi e inviti.**

Revisione prezzi – Art. 60

Il nuovo **codice dei contratti pubblici** pone importanti cambiamenti sugli aggiustamenti dei **prezzi** che scatteranno a partire da aumenti del 5%.

il decreto legislativo 50 del 2016 all'articolo 106 prevedeva quanto segue: **Per i lavori la variazione di prezzo in aumento o in diminuzione regole ben precise:** deve essere valutata sulla base dei **prezzari di riferimento** e si applica una franchigia del 10%; è possibile infatti variare il prezzo **solo per l'eccedenza in aumento o in diminuzione rispetto al 10% del prezzo originario** e nella misura **pari alla metà dell'eccedenza**.

Per le forniture e servizi si prevede che in caso di variazione dei prezzi, in un aumento o in diminuzione, superiore al 10 %, l'appaltatore o il soggetto aggregatore ha facoltà di richiedere una riconduzione ad equità o una revisione del prezzo medesimo.

Il nuovo **codice dei contratti pubblici** **dispone la revisione dei prezzi alla soglia del 5% dell'importo complessivo dell'opera con copertura dell'80% della variazione intervenuta.**

Sul Codice appalti è necessario capire quali sono le differenze inerente il tema della revisione dei prezzi tra vecchio e nuovo codice.

Il sistema normativo attualmente ancora in vigore limitava fortemente le possibilità di modificare i contratti in corso di esecuzione senza procedere ad una nuova gara.

Infatti, ai sensi dell'art. 106 d.lgs. n. 150/2016, si poteva procedere ad *una revisione dei prezzi solamente dove nella documentazione di gara si fossero previste specifiche clausole contrattuali volte ad evitare uno squilibrio contrattuale dovuto ad eventi imprevedibili e tali da rendere opportuna una modifica delle condizioni del contratto*. In assenza di tali clausole, gli unici rimedi esperibili sono quelli di natura civilistica.

*Il tema della revisione dei prezzi ha interessato il legislatore che, per fronteggiare l'inaspettato aumento generalizzato e diffuso delle materie prime, **ha introdotto nel corso degli ultimi due anni meccanismi di compensazione straordinaria** per neutralizzarne gli effetti negativi derivanti dall'aumento dei prezzi*

Revisione prezzi – Art. 60

Sul punto, *la disciplina speciale degli interventi derogatori ha reso evidente la necessità di prevedere un regime obbligatorio di revisione dei prezzi al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva e non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta, così da riportare in equilibrio l'alea contrattuale*

La legge delega, infatti, tra i principi ed i criteri direttivi da rispettare nell'elaborazione del nuovo testo normativo ha **espressamente indicato la previsione dell'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire un regime obbligatorio di revisione dei prezzi.**

Tali clausole, lasciando inalterata la natura sinallagmatica del contratto, ***si attivano “al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva, non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta, che determinano una variazione del costo dell'opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione”.***

Il nuovo codice dei contratti pubblici ***dispone la revisione dei prezzi alla soglia del 5% dell'importo complessivo dell'opera con copertura dell'80% della variazione intervenuta***

Ad esempio all'aumento del 7 % dei prezzi pari ad un valore nominale di € 6.000,00, le clausole di revisione dei prezzi potrebbero coprire il 80% della variazione di valore e, dunque, nell'esempio riportato, coprirebbero 4.800,00 € di maggiori costi.

Il nuovo codice si occupa anche di *individuare l'origine dei fondi necessari a supportare l'aumento del corrispettivo da versare all'appaltatore.*

In particolare, *per far fronte ai maggiori oneri derivanti dalla revisione prezzi di cui al presente articolo le stazioni appaltanti utilizzano:*

le risorse appositamente accantonate per imprevisti nel quadro economico di ogni intervento;

le somme derivanti da ribassi d'asta, salva diversa destinazione;

le somme disponibili relative ad altri interventi ultimati di competenza della medesima stazione appaltante

Revisione prezzi – Art. 60

Previsione dell'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, negli avvisi e inviti, in relazione alle diverse tipologie di contratti pubblici, un **regime obbligatorio di revisione dei prezzi al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva e non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta, compresa la variazione del costo derivante dal rinnovo dei contratti collettivi nazionali di lavoro sottoscritti dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale**, applicabili in relazione all'oggetto dell'appalto e delle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, stabilendo che gli eventuali oneri derivanti dal suddetto meccanismo di revisione dei prezzi siano a valere sulle risorse disponibili del quadro economico degli interventi e su eventuali altre risorse disponibili per la stazione appaltante da utilizzare nel rispetto delle procedure contabili di spesa.

Reso obbligatorio, con il comma 1, **l'inserimento nei documenti di gara della clausola di revisione prezzi.**

Tra i possibili meccanismi di funzionamento della revisione (sostanzialmente riassumibili sotto le due categorie dei sistemi di compensazione e di quelli di indicizzazione) si è scelto, al comma 2, un **modello di indicizzazione, per alcuni profili ispirato a quello esistente nell'ordinamento francese, allo scopo di facilitare e rendere più rapida e "sicura" l'applicazione della revisione.**

Per rendere la nuova disciplina della revisione prezzi autoesecutiva ed il meccanismo progettato immediatamente operativo, si è ritenuto di far riferimento, **nel comma 3, agli indici sintetici delle variazioni dei prezzi relativi ai contratti di lavori, servizi e forniture, approvati dall'ISTAT** con proprio provvedimento entro il 30 settembre di ciascun anno, d'intesa con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

Con il medesimo provvedimento si definirà e **si aggiornerà la metodologia di rilevazione e si indica l'ambito temporale di rilevazione delle variazioni.**

Titolo I - Le stazioni appaltanti

Gli artt. 62 e 63, “sostitutivi” degli articoli 37, 38 e 39 del decreto legislativo n. 50 del 2016, disegnano il sistema soggettivo dei contratti pubblici, dal lato delle stazioni appaltanti, con l’indicazione delle attività che simili soggetti possono porre in essere e del ruolo che rivestono le centrali di committenza e le stazioni appaltanti qualificate in relazione alla finalità di aggregazione e qualificazione della domanda pubblica.

Il disegno di qualificazione (*e di riduzione delle Stazioni Appaltanti, che sono 36.000, con 100.000 centri di costo*) delle stazioni appaltanti, sul quale si fondava già il decreto legislativo n. 50 del 2016, non aveva ricevuto attuazione, non essendo mai stato adottato il d.P.C.M. previsto all’art. 38, comma 2.

La legge delega n. 78 del 2022 prevede tra i criteri quelli di “*ridefinizione e rafforzamento della disciplina in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti, afferenti ai settori ordinari e ai settori speciali, al fine di conseguire la loro riduzione numerica, nonché l'accorpamento e la riorganizzazione delle stesse, anche mediante l'introduzione di incentivi all'utilizzo delle centrali di committenza e delle stazioni appaltanti ausiliarie per l'espletamento delle gare pubbliche; definizione delle modalità di monitoraggio dell'accorpamento e della riorganizzazione delle stazioni appaltanti; potenziamento della qualificazione e della specializzazione del personale operante nelle stazioni appaltanti, anche mediante la previsione di specifici percorsi di formazione, con particolare riferimento alle stazioni uniche appaltanti e alle centrali di committenza che operano a servizio degli enti locali*” (art. 1, comma 2, lett. c).

Il sistema complessivo delineato ha natura “aperta” (e non “a numero chiuso”):

tutti i soggetti che siano muniti dei requisiti necessari ottengono la qualificazione.

Titolo I - Le stazioni appaltanti

È prevista una specifica disciplina della qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza.

La qualificazione per progettazione e affidamento è disegnata facendo riferimento a tre livelli di qualificazione.

I requisiti di qualificazione sono declinati specificamente dalle Linee Guida approvate da ANAC, recepite nell'art. 1 dell'allegato II.4 al codice, in modo da garantire l'entrata in vigore della disciplina della qualificazione nei tempi previsti.

Nel medesimo allegato è stata altresì disegnata una disciplina transitoria specifica per tale fase, che distingue:

- le stazioni appaltanti e le centrali di committenza qualificate per la progettazione e per l'affidamento di lavori, di servizi e forniture che sono qualificate, in una prima fase sperimentale, anche per l'esecuzione rispettivamente di lavori, di servizi e forniture o di entrambe le tipologie contrattuali;

- le stazioni appaltanti non qualificate per la progettazione e l'affidamento di lavori, di servizi e forniture che possono, in una prima fase sperimentale, eseguire i contratti se sono iscritte ad AUSA e in possesso di una figura tecnica in grado di svolgere le funzioni di RUP

Linee Guida approvate da ANAC, recepite nell'art. 1 dell'allegato II.4 al codice,

Nella delibera **n. 441 del 28 settembre 2022** l'Autorità individua i requisiti obbligatori per poter essere ammessi alla procedura di qualificazione per la progettazione e l'affidamento di lavori, servizi e forniture:

l'iscrizione all'anagrafe unica delle stazioni appaltanti (Ausa),

una struttura organizzativa stabile

la disponibilità di piattaforme telematiche nella gestione delle procedure di gara.

Livelli di qualificazione e sconti per i primi due anni

Nelle Linee guida **Anac** individua tre livelli di qualificazione basati su determinati punteggi: basteranno 30 punti a regime per qualificarsi per i lavori inferiori a un milione di euro (livello L3), 40 punti per importi superiori a un milione di euro e inferiori alla soglia di rilevanza comunitaria (livello L2), 50 punti per importi pari o superiori alle soglie di rilevanza comunitaria (livello L1). Per i primi due anni, sono previsti degli 'sconti', la qualificazione cioè può essere ottenuta anche con un punteggio inferiore di 10 punti per il livello 3 e di 5 punti per gli altri due livelli; per il secondo anno inferiore di 5 punti per il livello 3 e di 2 per gli altri due livelli.

Come si ottiene punteggio?

A seconda del possesso di determinati requisiti (oltre a quelli obbligatori):

- *20 punti per la presenza nella struttura organizzativa di dipendenti con competenze specifiche;*
- *20 punti se possiede un sistema di aggiornamento e formazione del personale;*
- *40 punti per il numero di gare svolte nel quinquennio precedente la domanda di qualificazione;*
- *10 punti per l'uso delle piattaforme telematiche.*

Si ottengono punti anche per l'assolvimento degli obblighi di comunicazione dei dati sui contratti pubblici che alimentano la **Banca dati Anac** e degli obblighi sul monitoraggio dello stato di attuazione delle opere pubbliche, di verifica dell'uso dei finanziamenti previsti e costituzione del Fondo opere e del Fondo progetti.

Verifiche

Anac effettua a campione verifiche sulle informazioni dichiarate dalle stazioni appaltanti e dalle centrali di committenza per controllarne la veridicità e confermare il livello di qualificazione.

Se dagli accertamenti condotti risulta una diminuzione del punteggio ottenuto che porterebbe la stazione appaltante o la centrale di committenza ad un livello inferiore, la stessa mantiene il livello di qualificazione per un anno se il nuovo punteggio è pari o superiore a quello necessario per la qualificazione di livello, ridotto del 5 %.

Il punteggio di qualificazione viene aggiornato annualmente.

Sono qualificati di diritto il **Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili**, compresi i **Provveditorati interregionali per le opere pubbliche**, **Consip**, **Invitalia – Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa**, **Difesa servizi**, **Sport e salute Spa**.

Qualificate con riserva invece le stazioni uniche appaltanti delle città metropolitane e delle province.

Aggregazioni e centralizzazione delle committenze (art. 62)

L'art. 62 **individua la soglia degli affidamenti diretti** per servizi e forniture nonché quella (**di 500.000 euro**) per i lavori, quale limite oltre il quale si applica il regime di qualificazione:

le procedure di affidamento di importo inferiore possono invece essere gestite da tutte le stazioni appaltanti (**comma 1**).

Per effettuare le procedure di importo superiore alle soglie indicate dal comma 1, le stazioni appaltanti devono essere qualificate (**comma 2**).

I requisiti di qualificazione sono indicati nell'allegato II.4, nei termini specificati nell'art. 63

Le attività che possono essere compiute dalle stazioni appaltanti qualificate, che in funzione del loro livello di qualificazione possono effettuare gare di importo superiore alla soglia, acquisire lavori, servizi e forniture avvalendosi degli strumenti messi a disposizione dalle centrali di committenza:

- a) effettuare, in funzione dei livelli di qualificazione posseduti, gare di importo superiore alle soglie;*
- b) acquisire lavori, servizi e forniture avvalendosi di una centrale di committenza qualificata;*
- c) svolgere attività di committenza ausiliaria ;*
- d) procedere mediante appalto congiunto;*
- e) procedere mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione secondo la normativa vigente dalle centrali di committenza qualificate;*
- f) procedere all'effettuazione di ordini su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza anche per importi superiori ai livelli di qualificazione posseduti, con preliminare preferenza per il territorio regionale di riferimento. Se il bene o il servizio non è disponibile o idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno della stazione appaltante, oppure per ragioni di convenienza economica, la stazione appaltante può agire, previa motivazione, senza limiti territoriali.*

Aggregazioni e centralizzazione delle committenze (art. 62)

Al comma 6 *le stazioni appaltanti non qualificate* ricorrono a una centrale di committenza qualificata e, per le attività di committenza ausiliaria, anche a stazioni appaltanti qualificate.

Il perimetro delle attività che le stesse possono svolgere è ampio consentendo di:

- ***procedere ad affidamenti per servizi e forniture di valore inferiore alla soglia europea, nonché ad affidamenti di lavori di manutenzione ordinaria d'importo inferiore a 1.000.000 di euro mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza;***
- ***effettuare ordini su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle C.di Committenza***

Le centrali di committenza sono indicate nell'elenco di cui all'articolo 63, comma 1.

I requisiti di qualificazione per la progettazione e l'affidamento sono disciplinati dall'allegato II.4 e attengono:

- a) all'organizzazione della funzione di spesa e ai processi;***
- b) alla consistenza, esperienza e competenza delle risorse umane, ivi incluso il sistema di reclutamento e la adeguata formazione del personale;***
- c) all'esperienza maturata nell'attività di progettazione, affidamento ed esecuzione di contratti, ivi compreso l'eventuale utilizzo di metodi e strumenti di gestione informativa delle costruzioni.***

Al comma 9 sono specificate le *modalità di regolamentazione del rapporto che intercorre fra stazione appaltante e centrale di committenza*

Al comma 10 è delineato il *sistema che garantisce alla stazione appaltante non qualificata di poter fare affidamento su una centrale di committenza che assicuri lo svolgimento della gara.*

Ciò avviene prevedendo la formazione del silenzio assenso sulla domanda di svolgere la procedura di gara, rivolta dalla stazione appaltante non qualificata alla centrale di committenza, e un meccanismo di assegnazione d'ufficio di una centrale di committenza nell'eventualità che tre centrali di committenza qualificate abbiano respinto la richiesta avanzata da una stazione appaltante non qualificata.

Sono escluse dal sistema di qualificazione le imprese pubbliche e i soggetti privati titolari di diritti speciali esclusivi quando svolgono una delle attività previste dalla disciplina dei settori speciali 64

Qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza – art. 63

L'art. 63 disciplina il sistema di qualificazione, istituendo un apposito elenco delle stazioni appaltanti qualificate di cui fanno parte, in una specifica sezione, anche le centrali di committenza, ivi compresi i soggetti aggregatori iscritti di diritto nell'elenco Anac”

2. La qualificazione per la progettazione e l'affidamento si articola in tre fasce di importo:

- a) qualificazione base o di primo livello, per servizi e forniture fino alla soglia di 750.000,00 euro e per lavori fino a 1 milione di euro;*
- b) qualificazione intermedia o di secondo livello, per servizi e forniture fino a cinque milioni di euro e per lavori fino alla soglia di cui all'articolo 14;*
- c) qualificazione avanzata o di terzo livello, senza limiti di importo.*

5. La qualificazione ha ad oggetto le attività che caratterizzano il processo di acquisizione di un bene, servizio o lavoro in relazione ai seguenti ambiti e riguarda:

- a) la capacità di progettazione tecnico-amministrativa delle procedure;*
- b) la capacità di affidamento e controllo dell'intera procedura;*
- c) la capacità di verifica sull'esecuzione contrattuale, ivi incluso il collaudo e la messa in opera.*

6. Le centrali di committenza e i soggetti aggregatori possono essere qualificati anche solo per l'acquisizione di lavori oppure di servizi e forniture.

Le centrali di committenza e i soggetti aggregatori per svolgere attività di progettazione e affidamento devono essere qualificati almeno nella seconda fascia.

Essi programmano la loro attività coordinandosi nel rispetto del principio di leale collaborazione

Qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza – art. 63

7. I requisiti di qualificazione per la progettazione e l'affidamento sono disciplinati dall'allegato II.4 e attengono:

- a) all'organizzazione della funzione di spesa e ai processi;*
- b) alla consistenza, esperienza e competenza delle risorse umane, ivi incluso il sistema di reclutamento e la adeguata formazione del personale;*
- c) all'esperienza maturata nell'attività di progettazione, affidamento ed esecuzione di contratti, ivi compreso l'eventuale utilizzo di metodi e strumenti di gestione informatica delle costruzioni.*

8. I requisiti di qualificazione per l'esecuzione sono indicati separatamente nell'allegato II.4, che dispone altresì una disciplina transitoria specifica relativa a tale fase. Con modifiche e integrazioni all'allegato II.4. possono essere disciplinati dall'ANAC specifici requisiti di qualificazione per i contratti di partenariato pubblico-privato.

In nessun caso i soggetti interessati possono comprovare il possesso dei requisiti di qualificazione ricorrendo ad artifici tali da eluderne la funzione.

L'ANAC, per accertati casi di gravi violazioni delle disposizioni di cui al presente articolo, può irrogare **una sanzione pecuniaria di importo minimo pari a 500 euro e di importo massimo pari a ... euro (da definire)** e, nei casi più gravi, disporre la sospensione della qualificazione precedentemente ottenuta.

Costituiscono gravi violazioni le dichiarazioni dolosamente tese a dimostrare il possesso di requisiti di qualificazione non sussistenti, ivi comprese, in particolare:

- a) 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;***
- b) per le stazioni appaltanti e le centrali di committenza, la dichiarata presenza di personale addetto alla struttura organizzativa stabile, che sia di fatto impegnato in altre attività;***
- c) la mancata comunicazione all'ANAC della perdita dei requisiti.***

GLI OPERATORI ECONOMICI artt. 65, 66, 67, 68 e 69

1. Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici gli operatori economici di cui all'articolo 1, lettera l) dell'allegato I.1, nonché gli operatori economici stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi.

2. Rientrano nella definizione di operatori economici:

- a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, e le società, anche cooperative;*
- b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni;*
- c) i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443;*
- d) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro; i consorzi stabili sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa;*
- e) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti o costituendi dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti;*
- f) i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti o costituendi tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile;*
- g) le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete ai sensi dell'articolo 3, comma 4-ter, del decretollegge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33;*
- h) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240.*

3. Le stazioni appaltanti possono imporre alle persone giuridiche di indicare, nell'offerta o nella domanda di partecipazione a procedure per l'affidamento di appalti che comportino esecuzione di servizi o lavori nonché di forniture che comportano anche servizi o lavori di posa in opera e di installazione, il nome e le qualifiche professionali delle persone fisiche incaricate di fornire la prestazione e possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente.

Articolo 66.

Operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria.

1. Sono ammessi a partecipare alle *procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria* nel rispetto del principio di non discriminazione fra i diversi soggetti sulla base della forma giuridica assunta:

a) i prestatori di servizi di ingegneria e architettura: i professionisti singoli, associati, le società tra professionisti di cui alla lettera b), le società di ingegneria di cui alla lettera c), i consorzi, i GEIE, i raggruppamenti temporanei fra i predetti soggetti che rendono a committenti pubblici e privati, operando sul mercato, servizi di ingegneria e di architettura, nonché attività tecnico-amministrative e studi di fattibilità economico-finanziaria ad esse connesse, ivi compresi, con riferimento agli interventi inerenti al restauro e alla manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici, i soggetti con qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della vigente normativa, gli archeologi professionisti, singoli e associati, e le società da essi costituite;

b) le società di professionisti: le società costituite esclusivamente tra professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, nelle forme delle società di persone di cui ai Capi II, III e IV del Titolo V del Libro V del codice civile, oppure nella forma di società cooperativa di cui al Capo I del Titolo VI del Libro V del codice civile, che svolgono per committenti privati e pubblici servizi di ingegneria e architettura quali studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico economica o studi di impatto ambientale;

Articolo 66.

Operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria.

c) società di ingegneria: le società di capitali di cui ai Capi V, VI e VII del Titolo V del Libro V del codice civile, oppure nella forma di società cooperative di cui al Capo I del Titolo VI del Libro V del codice civile che non abbiano i requisiti delle società tra professionisti, che eseguono studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto, nonché eventuali attività di produzione di beni connesse allo svolgimento di detti servizi;

d) i prestatori di servizi di ingegneria e architettura identificati con i codici CPV da 74200000-1 a 74276400-8 e da 74310000-5 a 74323100-0 e 74874000-6 stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi;

e) altri soggetti abilitati in forza del diritto nazionale a offrire sul mercato servizi di ingegneria e di architettura, nel rispetto dei principi di non discriminazione e par condicio fra i diversi soggetti abilitati;

f) i raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere da a) a e);

g) i consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati che abbiano operato nei settori dei servizi di ingegneria e architettura.

2. Per la partecipazione alle procedure di affidamento di cui al comma 1 i soggetti ivi indicati devono possedere i requisiti minimi stabiliti nella Parte V dell'allegato II.12. Le società, per un periodo di cinque anni dalla loro costituzione, possono documentare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara anche con riferimento ai requisiti dei soci delle società, qualora costituite nella forma di società di persone o di società cooperativa, e dei direttori tecnici o dei professionisti dipendenti della società con rapporto a tempo indeterminato, qualora costituite nella forma di società di capitali, nonché dei soggetti di cui alla lettera e) del comma 1, i cui requisiti minimi sono stabiliti nel predetto allegato. 69

Articolo 67. - Consorzi non necessari.

I requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui agli articoli 65, comma 2 lettere c) e d) (**i consorzi tra imprese artigiane** di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443; **i consorzi stabili**, costituiti anche in forma di società consortili) e 66, comma 1, lettera g) (**i consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati che abbiano operato nei settori dei servizi di ingegneria e architettura.**) sono disciplinati dal regolamento di cui all'articolo 100, comma 4.

L'allegato II.12 disciplina, in attesa del regolamento di cui all'articolo 100, comma 4, la qualificazione degli operatori economici, fermo restando che:

- a) per gli appalti di servizi e forniture i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate;*
- b) per gli appalti di lavori, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento sono posseduti e comprovati dagli stessi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate.*

Per i soggetti di cui agli articoli 65, comma 2 lettere c) e d) (**i consorzi tra imprese artigiane** di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443; **i consorzi stabili**, costituiti anche in forma di società consortili) e 66, comma 1, lettera g) (**i consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati che abbiano operato nei settori dei servizi di ingegneria e architettura**) *i requisiti generali di cui agli articoli 94 e 95 sono posseduti sia dalle consorziate esecutrici che dalle consorziate che prestano i requisiti.*

Le autorizzazioni e gli altri titoli abilitativi per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi del comma 3 dell'articolo 100 sono posseduti, in caso di lavori o di servizi, del consorzio esecutore

I soggetti di cui sopra eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante.

Articolo 67. - Consorzi non necessari.

6. Per i lavori, ai fini della qualificazione, di cui all'articolo 100, nell'allegato II.12 sono stabiliti i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio stabile o ai singoli consorziati che le eseguono.

In caso di scioglimento del consorzio stabile per servizi e forniture ai consorziati sono attribuiti pro quota i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio e non assegnati in esecuzione ai consorziati.

Le quote di assegnazione sono proporzionali all'apporto reso dai singoli consorziati nell'esecuzione delle prestazioni nel quinquennio antecedente.

7. Possono essere oggetto di avvalimento solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio.

Articolo 68 - Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici.

nel nuovo comma 1, che corrisponde al comma 8 dell'art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016, è riproposta la disposizione contenuta rispettivamente nei commi 12, 13, 15 e 16, dell'art.

48 del decreto legislativo n. 50 del 2016 riguardanti ***il mandato necessario per la costituzione del raggruppamento.***

Il nuovo comma 2 ripropone la ***necessità di indicare, in sede di offerta, le quote di esecuzione delle prestazioni fra i partecipanti al raggruppamento, in quanto costituisce un requisito distintivo rispetto all'avvalimento. Inoltre la stazione appaltante può imporre vincoli esecutivi.***

Si è aggiunta la necessità di presentare un impegno all'esecuzione da parte dei partecipanti al raggruppamento, con l'indicazione della parte del contratto cui si riferisce; inoltre la stazione appaltante può imporre vincoli esecutivi.

Il comma 3 ripropone la regola che l'art. 19 par. 2 della direttiva dispone con specifico riferimento ai raggruppamenti, circa ***il divieto di imposizione generalizzata ai raggruppamenti di una determinata forma giuridica.***

possibilità di intervenire sulle modalità esecutive dei raggruppamenti e dei relativi partecipanti è demandata alle sole stazioni appaltanti,

non viene riproposta la distinzione fra raggruppamenti verticali e orizzontali,

Il comma 4 ***stabilisce le condizioni che consentono di imporre ai raggruppamenti una forma giuridica specifica;***

a) imporre ai raggruppamenti di operatori economici di assumere una forma giuridica specifica dopo l'aggiudicazione del contratto, nel caso in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione del contratto;

La nuova configurazione dell'istituto del raggruppamento consente la presentazione di un'offerta sulla base del solo mandato collettivo, senza richiedere ulteriori requisiti e comportando la responsabilità solidale dei partecipanti.

Articolo 68 - Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici

Il comma 9 prevede *la responsabilità solidale dei partecipanti al raggruppamento*, in conformità con il superamento dell'istituto dei raggruppamenti verticali e orizzontali.

Il comma 10 contiene una disposizione riguardante la possibilità di richiedere ai raggruppamenti di operatori economici *condizioni per l'esecuzione di un appalto o di una concessione diverse da quelle imposte ai singoli partecipanti, purché siano proporzionate e giustificate da ragioni oggettive*.

Il comma 11 stabilisce che *i raggruppamenti temporanei e i consorzi ordinari sono ammessi se gli imprenditori partecipanti al raggruppamento, ovvero gli imprenditori consorziati, sono in possesso dei requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali (Cons. St., sez. V, 31 marzo 2022, n. 2367), ferma restando la necessità che l'esecutore sia in possesso dei requisiti prescritti per l'esecuzione*. Ivi è stata aggiunta (secondo periodo) la previsione di rinvio alle disposizioni contenute negli artt. da 60 a 96 del d.P.R. n. 207 del 2010.

Il comma 12 prevede che, *laddove il singolo concorrente o i concorrenti che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo possiedano i requisiti previsti dall'art. 68 medesimo, essi possano raggruppare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime **non superino il 20% dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati***.

Il comma 13 prevede che *i partecipanti al raggruppamento e al consorzio ordinario debbano possedere i requisiti generali*, in continuità con il regime vigente (desumibile dall'art. 48, comma 17 e ss. del decreto legislativo n. 50 del 2016).

Articolo 68 - Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici

Con il comma 14 è stata inserita, sulla falsariga di quanto disposto nel comma 4 del precedente articolo, la disposizione in base alla *quale la partecipazione alla gara in qualsiasi altra forma da parte del partecipante al raggruppamento determina l'esclusione del medesimo se sono integrati i presupposti della causa escludente dell'unico centro decisionale, sempre che l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali*. E ciò in ragione di quanto sopra illustrato in seguito alla procedura di infrazione 2018/2273.

E' vietata l'associazione in partecipazione. Le conseguenze del mancato rispetto del divieto di cui al comma 14 sono delineate dal successivo comma 16 che prevede l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, nonché l'annullamento dell'aggiudicazione o di risoluzione del contratto.

Con il comma 17 è riprodotta la disposizione sul *recesso del partecipante al raggruppamento e al consorzio* contenuta nell'art. 48 del D.Lgs. n. 50 del 2016, *consentendo il recesso ad nutum* (anche se il raggruppamento si riduce a un unico soggetto) *di una o più imprese raggruppate, sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione*.

Il comma 19 (corrispondente al comma 11 dell'art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016) contiene la *previsione della possibilità dell'operatore economico di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti in caso di procedure ristrette o negoziate, ovvero di dialogo competitivo*.

Il comma 20 (corrispondente al comma 14 dell'art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016) *dispone l'applicabilità dell'articolo, in quanto compatibile, alla partecipazione alle procedure di affidamento delle aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete*.

PARTE IV - PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE

La disciplina del codice risulta in gran parte imposta dalle Direttive Ue , che delineano gli specifici obblighi procedurali da ottemperare per addivenire alla scelta del contraente della stazione appaltante.

■

Il testo normativo:

- *valorizza le esigenze di flessibilità nell'aggiudicazione, equiparando le varie procedure di scelta del contraente, salva l'eccezionalità della procedura negoziata senza previa pubblicazione;*
- *definisce l'ambito di applicazione della procedura competitiva con negoziazione e del dialogo competitivo;*
- *introduce la categoria unitaria dell'inammissibilità delle offerte, in relazione agli atti difformi*
- *stabilisce i termini per la ricezione delle offerte sul presupposto dell'impiego delle procedure telematiche come modalità ordinaria di svolgimento delle gare;*
- *consente di indire, nell'ambito della procedura del dialogo competitivo, dopo fase di pre-qualificazione, una conferenza (sottoposta ad obbligo di verbalizzazione) con i candidati selezionati, per discutere alcuni profili dell'appalto in affidamento;*
- *in relazione alla procedura negoziata senza pubblicazione di un bando, ha introdotto la clausola di possibilità per l'indizione della gara informale, innovandone la disciplina anche attraverso la riduzione del numero delle imprese da invitare alla negoziazione e l'eliminazione del riferimento al principio di rotazione;*
- *sempre in relazione alla procedura negoziata senza pubblicazione di un bando ha operato un apposito (e facoltativo) collegamento tra tale istituto e le consultazioni preliminari di mercato, ai fini dell'adempimento dell'obbligo motivazionale.*

Art. 70 - Procedure di scelta e relativi presupposti.

L'elencazione congiunta, nell'ambito del **comma 1**, **delle procedure flessibili** (dialogo competitivo, partenariato per l'innovazione e procedura competitiva con negoziazione) **e delle procedure** maggiormente vincolate nell'aggiudicazione (**aperta e ristretta**) manifesta l'idea dell'**equiparazione** di queste procedure.

L'amministrazione aggiudicatrice, pertanto, al fine di ricorrere ad una delle procedure flessibili, **non è tenuta a motivare la maggiore convenienza** della procedura flessibile rispetto alle procedure aperte o ristrette, essendo sufficiente la giustificazione dei rispettivi presupposti di utilizzo

La separata considerazione, nell'ambito **del comma 2**, della **procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando**, manifesta, invece, il carattere eccezionale di tale procedura, l'unica avente natura derogatoria rispetto al principio di pubblicità, utilizzabile al ricorrere dei soli presupposti tassativamente elencati nel Codice.

a) quando non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata, né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta,

b) quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni:

1) lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica;

2) la concorrenza è assente per motivi tecnici;

3) la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale

c) nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dalla stazione appaltante, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati; le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non devono essere in alcun caso imputabili alle stazioni appaltanti.

Art. 70 - Procedure di scelta e relativi presupposti

procedura competitiva con negoziazione e del dialogo competitivo **comma 3**,

In relazione alla previsione di cui **al comma 3, lett. a), n. 1)**, (***quando le esigenze della stazione appaltante perseguite con l'appalto non possono essere soddisfatte con le altre procedure***) è stato precisato che l'utilizzo del dialogo competitivo e della procedura negoziata competitiva con negoziazione è possibile, nei casi in cui le esigenze della stazione appaltante perseguite con l'appalto ***non possono essere soddisfatte con le altre procedure***

La previsione di cui **al comma 4** ha individuato le ipotesi in cui ***un'offerta possa intendersi irregolare o inammissibile*** precisando che le offerte irregolari o inammissibili danno luogo ad atti inammissibili

In tale modo si chiarisce che non si tratta di una mera irregolarità dell'offerta - categoria che tradizionalmente, richiama errori ostativi o errori materiali, di natura non invalidante, come tali rettificabili - ***bensì di una difformità rispetto alle regole disciplinanti*** :

la redazione (per come delineati nei documenti di gara),

la tempestiva presentazione (rispetto ai termini previsti nel bando o nell'invito con cui si indice la gara), ***la provenienza*** (da soggetti in possesso dei requisiti di qualificazione)

o l'ideazione dell'offerta (senza condizionamenti illeciti e nel rispetto della base di gara oltre che dei principi di sostenibilità e affidabilità dell'impegno assunto dall'offerente), ***tale da dare luogo ad offerte invalide, come tali non valutabili ai fini selettivi.***

Articolo 71 - Procedura aperta

Il comma 1 regola l'elemento tipico della procedura aperta, caratterizzata dalla possibilità per ogni operatore economico interessato di presentare un'offerta in risposta a un avviso di indizione di gara. ■

L'abbreviazione dei termini per la presentazione delle offerte - da 35 a 30 giorni - di cui al comma 2, è la conseguenza dell'impiego delle procedure telematiche come modalità ordinaria di svolgimento delle gare.

I termini minimi per la ricezione delle offerte devono essere determinati dalla stazione appaltante tenendo conto della data di trasmissione del bando di gara ai fini della sua pubblicazione.

La disposizione di cui al **comma 3** sulla *necessità per le stazioni appaltanti di motivare le ragioni di urgenza che consentono di fissare un termine per la ricezione delle offerte non inferiore a quindici giorni a decorrere dalla data di trasmissione del bando di gara* - va intesa in conformità a quanto previsto dalle Direttive UE, dove si individua, quale presupposto giustificativo della deroga al termine minimo per la ricezione delle offerte, la ricorrenza di “**motivi di urgenza debitamente dimostrati**” (art. 27, par. 3, direttiva n. 2014/24/UE).

Il comma 4 disciplina le condizioni in presenza delle quali può farsi luogo *alla riduzione del termine per la ricezione delle offerte nel caso in cui le stazioni appaltanti abbiano pubblicato un avviso di pre-informazione*; per l'individuazione delle informazioni che l'avviso deve contenere a tale fine, si richiama l'allegato II.6, parte I, lett. B, sezione B1.

Il comma 5 stabilisce che, in sede di prima applicazione del codice, l'allegato II.6 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento

Art. 72 - Procedura Ristretta

Nelle procedure ristrette qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara contenente determinati dati (indicati in un allegato del Codice), fornendo le informazioni richieste dalla stazione appaltante.

I commi 2,3, 4, 5 e 6 delineano i termini per la ricezione delle domande di partecipazione e per la ricezione delle offerte

2. Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di 30 giorni dalla data di trasmissione del bando di gara o, se è utilizzato l'avviso di pre-informazione come mezzo di indizione di una gara, dalla data d'invio dell'invito a confermare il proprio interesse.

3. A seguito della valutazione da parte delle stazioni appaltanti delle informazioni fornite, soltanto gli operatori economici invitati possono presentare un'offerta. Il termine minimo per la ricezione delle offerte è di 30 giorni dalla data dell'invito a presentare offerte.

4. Se le stazioni appaltanti hanno pubblicato l'avviso di pre-informazione non utilizzato per l'indizione di una gara, il termine minimo per la presentazione delle offerte può essere ridotto a 10 giorni purché concorrano le seguenti circostanze:

a) l'avviso di pre-informazione contenga tutte le informazioni richieste nel citato allegato II.6, parte I, lettera B, sezione B1, purché dette informazioni siano disponibili al momento della pubblicazione dell'avviso di preinformazione;

b) l'avviso di pre-informazione sia stato trasmesso da non meno di 35 giorni e non oltre 12 mesi prima della data di trasmissione del bando di gara.

5. Le stazioni possono fissare il termine per la ricezione delle offerte di concerto con i candidati selezionati, purché questi ultimi dispongano di un termine identico per redigere e presentare le loro offerte. In mancanza di accordo, il termine non può essere inferiore a 10 giorni dalla data di invio dell'invito a presentare offerte.

6. Quando per motivate ragioni di urgenza è impossibile rispettare i termini minimi previsti al presente articolo, la stazione appaltante può fissare:

a) per la ricezione delle domande di partecipazione, un termine non inferiore a 15 giorni dalla data di pubblicazione del bando di gara;

b) per la ricezione delle offerte, un termine non inferiore a 10 giorni a decorrere dalla data di invio dell'invito a presentare offerte.

Articolo 73. - Procedura competitiva con negoziazione

1. Nelle procedure competitive con negoziazione qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara contenente le informazioni di cui all'allegato II.6, parte I, lettere B o C, fornendo le informazioni richieste dalla stazione appaltante.
2. Nei documenti di gara le stazioni appaltanti individuano l'oggetto dell'appalto fornendo una descrizione delle loro esigenze, illustrando le caratteristiche richieste per le forniture, i lavori o i servizi da appaltare e specificando i criteri per l'aggiudicazione dell'appalto. Esse precisano altresì quali elementi della descrizione definiscono i requisiti minimi che tutti gli offerenti devono soddisfare.
3. Le informazioni fornite consentono agli operatori economici di individuare la natura e l'ambito dell'appalto e decidere se partecipare alla procedura.
4. Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di 30 giorni dalla data di trasmissione del bando di gara o, se è utilizzato come mezzo di indizione di una gara un avviso di pre-informazione, dalla data d'invio dell'invito a confermare il proprio interesse.
5. Il termine minimo per la ricezione delle offerte iniziali è di 25 giorni dalla data di trasmissione dell'invito.
6. Solo gli operatori economici invitati dalla stazione appaltante, in seguito alla valutazione delle informazioni fornite, possono presentare un'offerta iniziale. L'offerta iniziale e quelle successive, esclusa l'offerta finale, possono essere negoziate per migliorarne il contenuto, salvo che per gli aspetti relativi ai requisiti minimi e ai criteri di aggiudicazione.
7. Se previsto nel bando di gara le procedure competitive con negoziazione possono svolgersi in fasi successive per ridurre il numero di offerte da negoziare. La stazione appaltante informa per iscritto tutti gli offerenti le cui offerte non sono state escluse delle modifiche alle specifiche tecniche o ad altri documenti di gara diversi da quelli che stabiliscono i requisiti minimi, concedendo ad essi un tempo sufficiente per modificare e ripresentare, ove opportuno, le offerte modificate.
8. Quando le stazioni appaltanti intendono concludere le negoziazioni, esse informano gli altri offerenti e stabiliscono un termine entro il quale possono essere presentate offerte nuove o modificate. Esse verificano che le offerte finali siano conformi ai requisiti minimi prescritti, valutano le offerte finali in base ai criteri di aggiudicazione e aggiudicano l'appalto ai sensi degli articoli 105, con riguardo ai costi del ciclo vita, tenuto conto dei costi del ciclo vita disciplinati dall'allegato II.8.
9. Le stazioni appaltanti possono aggiudicare appalti sulla base delle offerte iniziali senza negoziazione qualora abbiano indicato, nel bando di gara o nell'invito a confermare l'interesse, che si riservano tale possibilità. 80

Art. 74 - Dialogo competitivo.

Nel dialogo competitivo qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare in risposta a un bando di gara, o un avviso di indizione di gara, fornendo le informazioni richieste dalla stazione appaltante

2. Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di 30 gg. dalla data di trasmissione del bando di gara.

3. Le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara le esigenze che intendono perseguire, i requisiti da soddisfare, il criterio di aggiudicazione, la durata indicativa della procedura nonché eventuali premi o pagamenti per i partecipanti al dialogo.

L'appalto è aggiudicato unicamente sulla base del criterio dell'offerta con il miglior rapporto qualità/prezzo

4. Prima dell'avvio del dialogo le stazioni appaltanti possono organizzare una consultazione con gli operatori economici selezionati sulla base della documentazione posta a base di gara e sulle modalità di svolgimento del dialogo.

Nei 30 gg. successivi alla conclusione della conferenza i partecipanti selezionati possono recedere dal dialogo.

Il dialogo competitivo è finalizzato all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le necessità della stazione appaltante. Ove previsto il dialogo competitivo può svolgersi in fasi successive per ridurre il numero di soluzioni emerse durante la fase del dialogo.

Il dialogo competitivo prosegue finché la stazione appaltante non individua la soluzione o le soluzioni idonee a soddisfare le proprie esigenze.

Dichiarato concluso il dialogo e informati i partecipanti rimanenti, la stazione appaltante invita ciascuno di loro a presentare l'offerta finale sulla base delle soluzioni presentate e specificate nella fase del dialogo.

L'offerta contiene tutti gli elementi richiesti e necessari per l'esecuzione del progetto.

Le offerte presentate possono essere, su richiesta della stazione appaltante, chiarite, precisate e perfezionate.

6. Le stazioni appaltanti valutano le offerte ricevute sulla base dei criteri di aggiudicazione fissati nel bando di gara, nell'avviso di indizione di gara o nel documento descrittivo.

7. La stazione appaltante può condurre ulteriori negoziazioni con l'operatore economico che risulta aver presentato l'offerta con il miglior rapporto qualità/prezzo per confermare gli impegni finanziari o altri contenuti dell'offerta attraverso il completamento delle clausole del contratto,

Art. 75 - Partenariato per l'innovazione.

Nei documenti di gara la stazione appaltante indica gli elementi dei prodotti, servizi o lavori innovativi identificati che definiscono i requisiti minimi che tutti gli offerenti devono soddisfare.

Tali informazioni sono sufficientemente precise per permettere agli operatori economici di individuare la natura e l'ambito della soluzione richiesta e decidere se partecipare alla procedura.

In tema di partenariato per l'innovazione la disciplina interna è per la grande maggioranza riprodotto di quella delle Direttive UE, con particolare riferimento a:

- il contenuto dei documenti di gara (comma 1);
- la legittimazione a presentare una domanda di partecipazione (comma 2);
- la possibilità di instaurare il partenariato per l'innovazione con uno o più operatori economici che conducono attività di ricerca e sviluppo separate, il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione e il criterio di aggiudicazione utilizzabile (comma 3);
- i criteri di selezione e la legittimazione a presentare progetti di ricerca e di innovazione (comma 4);
- la strutturazione del partenariato in più fasi successive (comma 5);
- la negoziazione dell'offerta iniziale e di quelle successive, anche in relazione alla riduzione progressiva del numero di offerte da negoziare (comma 6).

Art. 76 - Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando.

Le stazioni appaltanti possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara quando ricorrono i presupposti stabiliti dal Codice, dandone conto nel primo atto della procedura in relazione alla specifica situazione di fatto e alle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano. ■

2. Le stazioni appaltanti possono ricorrere a una procedura negoziata senza pubblicazione nei seguenti casi:

- a) quando non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata, né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta.*
- b) quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato O.E. per una delle seguenti ragioni:*

1) lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica; 2) la concorrenza è assente per motivi tecnici; 3) la tutela di diritti di proprietà intellettuale;

c) nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dalla stazione appaltante, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati; le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non devono essere in alcun caso imputabili alle stazioni appaltanti.

4. Nel caso di **appalti pubblici di forniture** la procedura consentita nei casi seguenti:

- a) quando i prodotti oggetto dell'appalto siano fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo,*
- a) nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, quando il cambiamento di fornitore obblighi la stazione appaltante ad acquistare forniture con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può comunque di regola superare i tre anni;*
- c) per forniture quotate e acquistate sul mercato delle materie prime;*
- d) per l'acquisto di forniture o servizi a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dagli organi delle procedure concorsuali.*

Art. 76 - Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando.

7. Ove possibile, le *stazioni appaltanti individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato*, nel rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza, selezionando almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei.

La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'articolo 108, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione.

La procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara è stata interessata dalla disciplina dettata dal decreto-legge n. 76 del 2020, convertito dalla l. n. 120 del 2020, e dal decreto-legge n. 77 del 2021, convertito dalla l. n. 108 del 2021.

Le disposizioni, recate nei decreti-legge nn. 76 del 2020 e 77 del 2021, suscettibili di influire maggiormente sull'articolato erano, in particolare, le seguenti:

• art. 2, comma 3, del decreto-legge n. 76 del 2020, convertito dalla l. n. 120 del 2020: *Per quanto riguarda l'affidamento delle opere "emergenziali" (commi 3 e 4) di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza comunitaria, di cui all'art. 35 del D.lgs. 50/2016, viene consentito alle stazioni appaltanti di utilizzare la procedura negoziata senza bando, con invito a 5 operatori, "nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia COVID-19 o dal periodo di sospensione delle attività determinato dalle misure di contenimento adottate per fronteggiare la crisi, i termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie non possono essere rispettati".*

art. 48, comma 3, del decreto-legge n. 77 del 2021, convertito dalla l. n. 108 del 2021: *"3. Le stazioni appaltanti possono altresì ricorrere alla procedura di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016, per i settori ordinari, e di cui all'articolo 125, per i settori speciali, nella misura strettamente necessaria, quando, per 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. Al solo scopo di assicurare la trasparenza, le stazioni appaltanti danno evidenza dell'avvio delle procedure negoziate di cui al presente comma mediante i rispettivi siti internet istituzionali. Ferma restando la possibilità, per gli operatori economici, di manifestare interesse a essere invitati alla procedura, la pubblicazione di cui al periodo precedente non costituisce ricorso a invito, avviso o bando di gara a seguito del quale qualsiasi operatore economico può presentare un'offerta";*

Art. 53 decreto-legge n. 77 del 2021, convertito dalla l. n. 108 del 2021 - *La procedura negoziata senza bando può essere applicata anche se si tratta di casi di rapida obsolescenza tecnologica delle soluzioni disponibili che dunque non rendono possibile ricorrere ad altre procedure di affidamento (art. 53 co.1).*

Al riguardo, non si è ritenuto opportuno recepire tali previsioni, in quanto determinate da ragioni contingenti, riferite all'emergenza pandemica da Covid-19 o all'attuazione del PNRR, difficilmente stabilizzabili in un testo di portata generale di durata tendenzialmente indeterminata.

Articolo 93 Commissione Giudicatrice

l'art. 93 recepisce alcune delle osservazioni pervenute dagli enti locali, che hanno segnalato la presenza di difficoltà operative legate al regime attuale.

è ora consentito che la commissione sia presieduta da un dipendente della Stazione Appaltante, e non necessariamente da un dirigente, purché in possesso del necessario inquadramento giuridico e di adeguate competenze professionali.

In caso di carenza di organico, la disposizione ammette il coinvolgimento di ulteriori soggetti, che dovrà avvenire nel rispetto dei principi di trasparenza e pubblicità; il che significa, ci pare, che la scelta dei commissari esterni dovrà essere adeguatamente motivata e che dovrà essere reso disponibile almeno il profilo professionale del soggetto selezionato.

della commissione giudicatrice possa far parte il RUP.

la commissione può essere chiamata a prestare supporto al RUP per la fase di verifica dell'anomalia dell'offerta.

il superamento dell'orientamento secondo cui i **soggetti con incarichi legati alla procedura non potessero ricoprire il ruolo di commissari**:

il nuovo testo, invece, ragiona al contrario, cioè **reputa opportuno che coloro che conoscono in maniera più approfondita l'oggetto dell'appalto possano far parte della commissione**,

Ai fini della selezione della migliore offerta nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, è nominata una commissione giudicatrice, che, su richiesta del RUP, svolge anche attività di supporto per la verifica dell'anomalia.

La commissione è composta da un numero dispari di componenti, in numero massimo di cinque, esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto. Possono essere nominati componenti supplenti.

La commissione è presieduta da un dipendente della stazione appaltante ed è composta da suoi funzionari, in possesso del necessario inquadramento giuridico e di adeguate competenze professionali.

Della commissione giudicatrice può far parte il RUP.

Articolo 93. Commissione giudicatrice.

5. Non possono essere nominati commissari:

- a) coloro che nel biennio precedente all'indizione della procedura di aggiudicazione sono stati componenti di organi di indirizzo politico della stazione appaltante;*
- b) coloro che sono stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati contro la pubblica amministrazione (artt. 314 – 335 bis codice penale)*
- c) coloro che si trovano in una situazione di conflitto di interessi con uno degli operatori economici partecipanti alla procedura;* costituiscono situazioni di conflitto di interessi quelle che determinano l'obbligo di astensione.

6. *In caso di rinnovo del procedimento di gara per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione o dell'esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione, tranne quando l'annullamento sia derivato da un vizio nella composizione della commissione.*

7. *Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalto con il criterio del minor prezzo o costo, la valutazione delle offerte è effettuata da un **seggio di gara**, anche monocratico, composto da personale della stazione appaltante, scelto secondo criteri di trasparenza e competenza, al quale si applicano le cause di incompatibilità di cui alle lettere b) e c) del comma 5.*

I requisiti di ordine generale (articoli 94-98)

Queste le più rilevanti novità dell'articolato complessivo che si ritiene opportuno segnalare in via preliminare.

La formulazione di cinque distinti articoli (in luogo del vigente art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016); detta opzione si è resa opportuna a fini di semplificazione e chiarificazione, per consentire agli operatori economici ed alle stazioni appaltanti ed enti concedenti di meglio orientarsi;

In particolare:

I) il primo di essi (art. 94) individua **le cause di esclusione “automatica”**, che vale ad evidenziare che sulla sussistenza delle stesse non v'è spazio per alcun margine valutativo della stazione appaltante

II) il secondo di essi (art. 95) individua **le cause di esclusione “non automatica”** tra le quali rientra il c.d. “**illecito professionale**”, che, tuttavia, è stato disciplinato autonomamente nell'ultimo articolo del Capo II (art. 98);

III) nel terzo articolo (art. 96) è contenuta la disciplina procedimentale comune agli “**eventi che conducono alla esclusione dell'operatore economico**”; sono stati indicati gli oneri di comunicazione degli eventi idonei a condurre alla esclusione in capo agli operatori economici ed è disciplinato il c.d. “selfcleaning” (l'applicazione di detto istituto, armonicamente alla disciplina eurounitaria, è stata dilatata rispetto alla previsione vigente);

Il self cleaning è un istituto di derivazione comunitaria e consente all'operatore economico di dimostrare la propria affidabilità nonostante l'esistenza di un motivo di esclusione. L'obiettivo del legislatore è quello di permettere la partecipazione alle procedure di gara anche a quegli operatori economici che si sono “ravveduti” circa quanto commesso e hanno posto in essere comportamenti atti a evitare che ricapiti in futuro.

IV) il quarto articolo (art. 97) contiene la disciplina specifica che riguarda **i raggruppamenti di imprese**

Viene disciplinata la c.d. “**sostituzione**” od “**estromissione**” del partecipante al raggruppamento, che, sebbene successiva al verificarsi dell'evento passibile di conseguenze espulsive, in realtà si pone a monte delle iniziative della stazione appaltante e previene l'adozione di misure espulsive.

Sotto il profilo sostanziale le disposizioni ivi contenute “corrispondono” e “superano” quanto previsto ai commi 17 e 18 dell'art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016;

V) il quinto ed ultimo articolo (art. 98) disciplina partitamente la fattispecie del c.d. **illecito professionale**, recependo, nella parte dedicata alla elencazione dei reati, l'indicazione già contenuta nelle **L.G. ANAC n. 6**.

Linee guida n. 6 ANAC

- «*Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice*»,

Rilevano quali cause di esclusione ai sensi del citato articolo 80, comma 5, lett. c), :

- *gli illeciti professionali accertati con provvedimento esecutivo, tali da rendere dubbia l'integrità del concorrente, intesa come moralità professionale, o la sua affidabilità, intesa come reale capacità tecnico professionale, nello svolgimento dell'attività oggetto di affidamento.*

A titolo esemplificativo.

- 1) l'inadempimento di una o più obbligazioni contrattualmente assunte;
- 2) le carenze del prodotto o del servizio fornito;
- 3) l'adozione di comportamenti scorretti; il ritardo nell'adempimento;
- 4) l'errore professionale nell'esecuzione della prestazione;
- 5) l'aver indotto in errore l'amministrazione circa la fortuità dell'evento che dà luogo al ripristino dell'opera danneggiata per caso fortuito interamente a spese dell'amministrazione stessa
- 6) l'esistenza di significative carenze che possono configurare i reati di cui agli articoli 355, sull' inadempimento di contratti di pubbliche forniture, e 356, sulla frode nelle pubbliche forniture, c.p..

Art. 94 Clausole di esclusione automatica

Il 1 comma dell'art. 94 stabilisce l'esclusione dell'operatore economico che sia stato condannato mediante:

- sentenza definitiva,
- decreto penale di condanna
- sentenza di applicazione della pena ex art. 444 cpp, per una serie di reati espressamente individuati quali:

- *Delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, 416-bis del codice penale*
- *Delitti contro la P.A.*
- *frode*
- *riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo*
- *sfruttamento del lavoro minorile*
- *l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.*

Il comma 2 (corrispondente al comma 2 del vigente art. 80) è stato modificato nei termini che seguono:

- è stata prevista ***l'inoperatività della causa di esclusione discendente dall'emissione di una misura interdittiva antimafia ove l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario;***

Art. 94 Clausole di esclusione automatica

Quanto ai commi 3 e 4 (corrispondenti al comma 3 dell'art. 80):

- a) la indicazione delle figure soggettive cui riferire la causa di esclusione è stata mantenuta in seno all'articolato a) dell'operatore economico ai sensi e nei termini di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231;
- b) del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale;
- c) di un socio amministratore o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo;
- d) dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice;
- e) dei membri del CdA cui sia stata conferita la legale rappresentanza, compresi gli institori e i procuratori generali;
- f) dei componenti degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo;
- g) del direttore tecnico o del socio unico;

b) è stata **eliminata** la disposizione di **esclusione per fattispecie attingente i soggetti cessati**; del pari è stato **eliminato il riferimento del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro**; è sembrato che il riferimento ai soggetti cessati, per un verso comportasse un appesantimento dei possibili oneri in capo agli offerenti, e, per altro verso, fosse privo di giustificazione, in quanto riferibile a soggetti non facenti (più) parte della compagine societaria

Il comma 5 raggruppa talune cause di esclusione obbligatoria in particolare:

- I) è stata inserita **una specifica causa di esclusione obbligatoria riguardante gli appalti del PNRR**;
- II) è stata inserita sub lett. d) di questo “nuovo” comma 5 la **causa di esclusione relativa alle procedure concorsuali che va considerata “obbligatoria”**
- III) sono state inserite nel comma 5, lett. e) ed f), del testo dell'art. le fattispecie di cui all'art. f-ter) e g) del comma 5 dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016

e) l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti; la causa di esclusione perdura fino a quando opera l'iscrizione nel casellario informatico;

f) l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione, per il periodo durante il quale perdura l'iscrizione.

Art. 94 Clausole di esclusione automatica

Il comma 6, corrisponde alla prima parte comma 4 del decreto legislativo n. 50 del 2016 **(esclusione “obbligatoria” da omesso pagamento di imposte tasse e contributi)**.

Come è noto, il comma 4 del decreto legislativo n. 50 del 2016 raggruppava sia una causa obbligatoria di esclusione, che una “facoltativa”, aventi la medesima “causale” (omesso pagamento di imposte, tasse contributi previdenziali).

In ossequio alle esigenze di chiarezza che hanno condotto a collocare in distinti articoli le cause “automatiche” e quelle “non automatiche” (rispettivamente: art. 94 e art. 95) si è preferito strutturare due distinte previsioni, l’una allocata tra le esclusioni “automatiche”(art. 94 comma 6), e l’altra (art. 95 comma 2), tra le “non automatiche”.

Il comma 7 contiene, immutata, la previsione di cui all’ultima parte del co. 3 dell’art. 80.

L’esclusione non è disposta e il divieto di aggiudicare non si applica quando il reato è stato depenalizzato oppure quando è intervenuta la riabilitazione oppure, nei casi di condanna ad una pena accessoria perpetua, quando questa è stata dichiarata estinta ai sensi dell’articolo 179, settimo comma, del codice penale, oppure quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna oppure in caso di revoca della condanna medesima

Cause di esclusione non automatica (art. 95)

Il comma 1 dell'art. 95 prevede **le cause di esclusione “non automatiche”** (in passato cause di esclusione facoltativa).

il “potere” demandato alla Stazione appaltante è connesso, ad un apprezzamento della situazione concreta riconducibile al concetto di discrezionalità tecnica: apprezzata la sussistenza del presupposto enucleato nella disposizione di legge, la scelta espulsiva diviene necessitata.

La stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti:

- *sussistere gravi infrazioni alle norme in materia di salute e di sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro;*
- *che la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse non diversamente risolvibile;*
- *sussistere una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto che non possa essere risolta con misure meno intrusive;*
- *sussistere rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte degli operatori economici siano imputabili ad un unico centro decisionale a cagione di accordi intercorsi con altri operatori economici partecipanti alla stessa gara;*
- *che l'offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. All'articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi.*

La stazione appaltante esclude altresì un operatore economico qualora ritenga che lo stesso ha commesso gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali. La gravità va in ogni caso valutata anche tenendo conto del valore dell'appalto.

Cause di esclusione non automatica (art. 95)

La stazione appaltante esclude altresì un operatore economico qualora ritenga che lo stesso ha commesso gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali. La gravità va in ogni caso valutata anche tenendo conto del valore dell'appalto

Il presente comma *non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o sanzioni, oppure quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta.*

3. L'esclusione non è disposta e il divieto di aggiudicare non si applica quando:

a) il reato è stato depenalizzato;

b) è intervenuta la riabilitazione;

c) nei casi di condanna a una pena accessoria perpetua, questa è stata dichiarata estinta ai sensi dell'articolo 179, settimo comma, del codice penale;

d) il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna;

e) la condanna è stata revocata.

Articolo 96- Disciplina dell'esclusione.

Detta disposizione contiene **la disciplina procedimentale comune agli “eventi” che conducono alla esclusione dell'operatore economico**; come ci si accinge a chiarire, sono stati indicati gli oneri di comunicazione degli eventi idonei a condurre alla esclusione in capo agli operatori economici ed è stato disciplinato il c.d. “selfcleaning” (l'applicazione di detto istituto, armonicamente alla disciplina comunitaria, è stata dilatata rispetto alla previsione vigente).

Il comma 1 contempla il principio generale che “regola” tutte le cause di esclusione, e ripropone, immutata, la disposizione di cui al comma 6 dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016.

. Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5.

1. la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale

2. cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (Effetti delle misure di prevenzione) o di un tentativo di infiltrazione mafiosa

4. Un operatore economico e' escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, oppure non definitivamente accertate rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali,

Articolo 96- Disciplina dell'esclusione.

5. *gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro*

- *fallimento o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo*
- *gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità;*
- *Influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;*
- *significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili*
- *grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato.*
- *conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile;*
- *una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto*
- *sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 o ad altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione,*
- *dichiarazioni non veritiere in tema di subappalti*
- *false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti e i fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione, con iscrizione nel Casellario Informativo dell'ANAC*
- *Il divieto di intestazione fiduciaria di cui all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55.*
- *certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68 (cd. categorie protette)*
- *vittima dei reati previsti dagli articoli 317 (Corruzione) e 629 (Estorsione) del c.p. non denunciati all'A.G.*
- *situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.*

Articolo 96- Disciplina dell'esclusione.

I commi da 2 a 6 prevedono la “nuova” versione allargata del self cleaning aderente alla direttiva 24/2014 UE

Alla luce della modifica introdotta, il self cleaning può riguardare anche eventi verificatisi nel corso della procedura e dopo la presentazione dell'offerta

Il meccanismo del c.d. *self-cleaning*, che *consente all'operatore economico di dimostrare la propria affidabilità e conseguentemente di partecipare alla gara anche laddove ricorrano in capo ad esso alcune delle cause di esclusione contemplate dall'articolo 80,*

E' consentito unicamente nelle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato.

Inoltre laddove sussistano le condizioni (ossia condanna a pena detentiva non superiore a 18 mesi o riconoscimento dell'attenuante della collaborazione), ma l'operatore economico sia stato condannato definitivamente anche alla pena accessoria che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, l'imprenditore non potrà avvalersi della possibilità di dimostrare la propria affidabilità fino a quando gli effetti della pena accessoria siano destinati a prodursi.

Infine se ***la sentenza di condanna definitiva non ha fissato la durata della pena accessoria*** - o non sia intervenuta la riabilitazione, che consente di ottenere l'estinzione della pena accessoria e di ogni altro effetto penale della condanna - ***tale durata sarà pari a cinque anni.***

Nel caso in cui la ***pena principale dovesse essere inferiore a 5 anni, la pena accessoria sarà della stessa durata della pena principale.***

Qualora ricorra una ***causa di esclusione ai sensi del comma 1 o del comma 5 art. 80***, il concorrente potrà ***evitare il provvedimento sanzionatorio dimostrando di aver riparato gli effetti pregiudizievoli della propria condotta e contestualmente di aver adottato uno dei provvedimenti elencati dall'ANAC al fine di prevenire ulteriori reati o illeciti.***

Articolo 96- Disciplina dell'esclusione

Il comma 7 dell'articolo ripropone, immutato, il testo del comma 9 dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50 /2016 (*“un operatore economico escluso con sentenza definitiva dalla partecipazione alle procedure di appalto o di aggiudicazione delle concessioni non è autorizzato ad avvalersi della possibilità del self cleaning nel corso del periodo di esclusione derivante da tale sentenza negli Stati membri in cui la sentenza è effettiva.”*).

Il comma 8 contiene, immutato, il testo del comma 10 dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016

Durata della esclusione dalle gare di appalto in caso di incapacità a contrarre con la PA

Alle modifiche apportate all'art. 80 si aggiunge anche l'intervenuto coordinamento delle norme sulla partecipazione alle gare pubbliche con la recente riforma del Codice penale, all'esito dell'adozione della **Legge 9 gennaio 2019, n. 3 – cd. “Spazza Corrotti”** – recante *‘Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici’*.

Il Decreto “Sblocca Cantieri”, modificando il comma 10 dell'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016 ha previsto che: ***“Se la sentenza penale di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, la durata della esclusione dalla procedura d'appalto o concessione è:***

a) perpetua, nei casi in cui alla condanna consegue di diritto la pena accessoria perpetua

b) pari a sette anni nei casi di concussione salvo che sia intervenuta riabilitazione;

c) pari a cinque anni nei casi diversi da quelli di cui alle lettere a) e b), salvo che sia intervenuta riabilitazione.”

Il Decreto Legge n. 32/2019 ha inoltre inserito un comma tutto nuovo all'art. 80, il comma 10-bis, nel quale vengono regolate le **ipotesi in cui la pena principale sia inferiore a sette o cinque anni.**

In questi casi, infatti, ***“...se la pena principale ha una durata inferiore, rispettivamente, a sette e cinque anni di reclusione, la durata della esclusione è pari alla durata della pena principale.”***

Nel caso di violazioni amministrative (casi di cui al comma 5,) la durata della esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza.

Articolo 96- Disciplina dell'esclusione

Il comma 9 contiene, immutato, nella prima parte, il testo del comma 10 bis dell'art. 80 del decreto legislativo. n. 50 del 2016

9. Nei casi di cui alle lettere b) e c) del comma 8,

b) pari a sette anni nei casi di concussione salvo che sia intervenuta riabilitazione;

c) pari a cinque anni nei casi diversi da quelli di cui alle lettere a) e b), salvo che sia intervenuta riabilitazione.”

se la pena principale ha una durata inferiore, rispettivamente, a sette e cinque anni di reclusione, l'effetto escludente che ne deriva si produce per un periodo avente durata pari alla durata della pena principale

Il comma 10 fissa le decorrenze iniziali del termine triennale

il periodo triennale di “possibile” rilevanza decorre dalla commissione della condotta.

Laddove invece la situazione escludente discenda dalla avvenuta emissione di un provvedimento sanzionatorio irrogato dall'AGCM o da altra autorità di settore, esso decorre dalla data del provvedimento sanzionatorio.

Il comma 13 riproduce, immutato, il comma 11 dell'art. 80 del D.Lgs 50/2016.

11. Le cause di esclusione previste dal presente articolo non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca, ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario,

Il comma 14, ribadisce ed estende ad tutte le fattispecie di cui agli artt. 94 e 95 l'onere di comunicazione che già è contenuto al comma 12 con riferimento all'illecito professionale e viene quindi resa esplicita l'irrilevanza della mera omissione od inesattezza della medesima quale autonoma causa escludente

Capo III – Gli altri requisiti di partecipazione alla gara

Articolo 99. Verifica del possesso dei requisiti.

Il comma 1 rappresenta una norma molto importante in chiave di semplificazione delle procedure di gare e della fase del controllo dei requisiti, in quanto chiarisce che la ***sussistenza delle cause di esclusione automatiche di cui all'art. 94 dovrà essere accertata automaticamente attraverso il fascicolo virtuale dell'operatore economico*** di cui all'art. 24.

Il comma 2 invece fa riferimento alla ***verifica della sussistenza dei motivi di esclusione non automatici*** di cui all'art. 95 e del possesso dei requisiti di partecipazione di cui agli artt. 100 e 103, ***la cui verifica dovrà avvenire sempre attraverso il fascicolo virtuale dell'operatore considerando non solo la documentazione presente nello stesso ma anche quella allegata dallo operatore economico in sede di partecipazione.***

Il comma 3, infine, completa le novità procedurali introdotte dal Codice chiarendo che ***operare in chiave digitale avrà il vantaggio di una piena applicazione del principio once only nei rapporti tra stazioni appaltanti e operatori economici, per cui i dati e le informazioni già nella disponibilità delle amministrazioni, in ragione di una precedente procedura di gara ovvero che sono già presenti nel fascicolo virtuale, non dovranno essere nuovamente richiesti.***

Capo III – Gli altri requisiti di partecipazione alla gara

Articolo 100 - Requisiti di ordine speciale.

L'art. 100, nel disciplinare gli altri requisiti di partecipazione alla gara, presenta forti profili di discontinuità rispetto all'attuale disciplina, sfruttando tutti gli spazi di discrezionalità lasciati agli Stati dalla direttiva.

Al comma 1 è mantenuta la distinzione ormai consolidata tra requisiti di idoneità professionale, requisiti di capacità economico – finanziaria e requisiti di capacità tecniche professionali,

1. Sono requisiti di ordine speciale:

a) l'idoneità professionale;

b) la capacità economica e finanziaria;

c) le capacità tecniche e professionali.

L'aspetto distintivo delle disposizioni contenute ai commi da 4 a 11 è costituito dalla **scelta di disciplinare anche la qualificazione degli operatori economici per gli appalti di forniture e servizi, così da allineare la disciplina della qualificazione per gli appalti di servizi e forniture a quella degli appalti di lavori**, così dando vita ad un sistema tendenzialmente unitario in funzione di semplificazione sia per quanto riguarda la partecipazione alla gara da parte degli operatori economici, sia per quanto riguarda il controllo da parte delle stazioni appaltante.

Nell'ambito dei lavori, si prevede inoltre che a rilasciare l'attestazione di qualificazione siano nuovi organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC, che andranno a sostituire le società organismo di attestazione (SOA).

Capo III – Gli altri requisiti di partecipazione alla gara

Art. 102 impegni dell'operatore economico

L'art. 102 prevede, al comma 1, una serie di **obblighi che l'operatore deve assumere per garantire la stabilità del personale impiegato** (lett. a);

- *per garantire l'applicazione dei contratti nazionali e territoriali di settore*, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e significativamente applicati nel settore di riferimento,
- *garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare* (lett. b);
- per garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate.

La disposizione costituisce applicazione del criterio di delega di cui alla lett. h) della l. n. 78 del 2002, relativamente alle c.d. **clausole sociali**.

Per non aggravare il procedimento di gara, al comma 2 si prevede che *l'adempimento di tali obblighi sociali è ritenuto assicurato con l'impegno dell'operatore economico, impegno cui è correlata la verifica da parte delle stazioni appaltanti dell'attendibilità dell'impegno dichiarato, verifica che può essere svolta con qualsiasi mezzo adeguato solo nei confronti dell'offerta dell'aggiudicatario.*

Capo III – Gli altri requisiti di partecipazione alla gara

L'art. 104 è dedicato all'avvalimento.

Nella disciplina dell'**avvalimento** si è cercato di procedere ad un vero e proprio cambio di impostazione, incentrando la disciplina sul contratto di avvalimento piuttosto che sul mero sistema del prestito dei requisiti.

Nel comma 1 è **indicato il tipo contrattuale dell'avvalimento**: contratto rientrante nella categoria dei contratti di prestito con il quale un concorrente ad una procedura di aggiudicazione può acquisire la disponibilità di risorse tecniche e umane altrui per eseguire il contratto.

È specificata la **necessità della forma scritta e la determinazione dell'oggetto**.

Prendendo posizione su di una questione più volte affacciatasi in giurisprudenza, si afferma che il **contratto è normalmente oneroso** (non potendosi escludere la gratuità nel caso in cui corrisponda anche ad un interesse proprio dell'impresa ausiliaria).

La diversa impostazione incentrata sul contratto di avvalimento, anziché sul prestito dei requisiti, consente di ricomprendere nell'ambito dell'avvalimento anche quella particolare figura indicata come **avvalimento c.d. premiale**, in cui *il prestito delle risorse è diretto ad ottenere un punteggio più elevato e non invece il prestito dei requisiti di capacità mancanti*.

1. L'avvalimento è il contratto con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto. Il contratto di avvalimento è concluso in forma scritta a pena di nullità con indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico. Il contratto di avvalimento è normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria, e può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti.

Nel comma 3 sono stabiliti i casi in cui *l'ausiliaria, essendo in possesso di requisiti non trasferibili, dovrà svolgere in proprio la prestazione*; si rinvia in questo caso alla disciplina del subappalto.

Capo III – Gli altri requisiti di partecipazione alla gara

L'art. 104 è dedicato all'avvalimento

4. L'operatore economico **allega alla domanda di partecipazione il contratto di avvalimento in originale o copia autentica**, specificando se intende avvalersi delle risorse altrui per acquisire un requisito di partecipazione o per migliorare la propria offerta, e allega, nel caso di cui al comma 2, la certificazione rilasciata dalla SOA o dall'ANAC. 77

L'impresa ausiliaria è tenuta a dichiarare alla stazione appaltante:

a) di essere in possesso dei requisiti di ordine generale di cui al Capo II del presente Titolo;

b) di essere in possesso dei requisiti di cui all'articolo 100 per i servizi e le forniture;

c) di impegnarsi verso l'operatore economico e verso la stessa stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse oggetto del contratto di avvalimento.

Nel comma 4 sono indicati *i documenti che il concorrente che si avvale di altri è tenuto a trasmettere alla stazione appaltante e la dichiarazione cui è tenuta l'ausiliaria*, specificandosi, al comma 5, *la facoltà di sostituzione dell'ausiliaria in casi di sua dichiarazione mendace*; e, al comma 6, che *la valutazione sull'assenza di cause di esclusione va compiuta anche in relazione all'ausiliaria, mantenendo ferma la possibilità di sostituzione dell'impresa ausiliaria*.

Nel comma 7 si ribadisce *la responsabilità in solido di ausiliaria e concorrente e l'applicazione della normativa antimafia anche nei confronti della prima*.

I commi da 8 a 10 sono reiterativi delle previsioni del precedente codice, anche nella parte in cui *si esclude l'ammissibilità dell'avvalimento per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali*.

Nel comma 11 è previsto che ***la stazione appaltante possa disporre che talune attività siano svolte direttamente dall'operatore. Tale disposizione innovativa trova applicazione anche al caso delle opere c.d.super specialistiche*** (le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali).

Nel comma 12 è prevista un'unica ipotesi di incompatibilità all'utilizzo dell'avvalimento, nel caso in cui l'operatore abbia fatto ricorso **all'avvalimento premiale. (avvalimento finalizzato a migliorare l'offerta)**

In tal caso l'impresa ausiliaria non può partecipare alla medesima procedura di gara.

Capo III – Gli altri requisiti di partecipazione alla gara

Criteria di aggiudicazione degli appalti (art. 108)

La disposizione contenuta nell'art. 108 è diretta a indicare i criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici con il riferimento dei criteri del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In base al **comma 1, le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione degli appalti** e all'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee, **sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita** conformemente a quanto previsto dall'allegato II.8.

Sono in ogni caso fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici.

I criteri di aggiudicazione non conferiscono alla stazione appaltante un potere di scelta illimitata, **garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnati da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte.**

Il comma 2 prevede ipotesi in cui le stazioni appaltanti sono vincolate all'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

Si tratta in particolare:

- a) dei contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera;***
- b) dei contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 140.000 euro;***
- c) dei contratti di servizi e delle forniture di importo pari o superiore a 140.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo;***
- d) degli affidamenti in caso di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione;***
- e) degli affidamenti di appalto integrato.***

Le soglie previste dalle lettere b) e c) sono state alzate da 40.000 a 140.000, resta in ogni caso fermo che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa deve essere applicato anche in caso di dialogo competitivo, partenariato per l'innovazione; finanza di progetto; locazione finanziaria; affidamento a contraente generale.

Capo III – Gli altri requisiti di partecipazione alla gara

Criteria di aggiudicazione degli appalti (art. 108)

Il **comma 3** introduce ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono utilizzare *il criterio del minor prezzo*, Detto criterio può essere **utilizzato per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera.**

Con il **comma 4** si prevede che i documenti di gara stabiliscono i criteri di aggiudicazione dell'offerta precisandosi che *l'offerta economicamente più vantaggiosa è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto.*

A differenza della formulazione del comma 6 dell'art. 95 del D.Lgs. 50 del 2016, è stata eliminata *l'elencazione esemplificativa dei criteri utilizzati,*

Al comma 5, corrispondente all'art. 67, par. 2, ultimo periodo della direttiva, si prevede che *l'elemento relativo al costo può assumere la forma di un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi.*

Al comma 6, corrispondente, all'art. 67, par. 4, della direttiva, si prevede che *i criteri di aggiudicazione sono considerati connessi all'oggetto dell'appalto ove riguardino lavori, forniture o servizi da fornire nell'ambito di tale appalto sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del loro ciclo di vita, compresi fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, fornitura o scambio di questi lavori, forniture o servizi o in un processo specifico per una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale.*

I commi 7 e 8 riprendono il contenuto dell'art. 67, par. 5, della direttiva e prevedono che *i documenti di gara indicano i singoli criteri di valutazione e la relativa ponderazione, anche stabilendo una forcilla in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere adeguato.*

Per ciascun criterio di valutazione scelto possono essere previsti sub-criteri e sub-pesi o sub-punteggi.

Per attuare la ponderazione o comunque attribuire il punteggio a ciascun elemento dell'offerta, le amministrazioni aggiudicatrici utilizzano metodologie tali da consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa.

Il comma 9 prevede che *nell'offerta economica, l'operatore deve indicare, a pena di esclusione, i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale.*

Capo III – Gli altri requisiti di partecipazione alla gara

Criteri di aggiudicazione degli appalti (art. 108)

Al comma 10 si prevede *che le stazioni appaltanti possono comunque decidere, prevedendo espressamente tale facoltà nel bando di gara o nella lettera di invito, di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto, nel rispetto dei termini per la conclusione del procedimento e, comunque, non oltre il termine di trenta giorni dalla conclusione delle valutazioni delle offerte.*

Al comma 11 si prevede che *in caso di appalti di lavori aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del migliore rapporto qualità/prezzo, le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta.*

Rispetto alla formulazione vigente, si chiarisce che la disposizione è *applicabile ai soli appalti di lavori.*

Al comma 12, in sostanziale continuità con la regola vigente, si prevede che *l'esclusione di uno o più concorrenti dalle procedure, intervenuta anche a seguito di una pronuncia giurisdizionale, successivamente all'aggiudicazione, non rileva ai fini del calcolo delle medie nella procedura né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte eventualmente stabilita dai documenti di gara e non produce conseguenze sui procedimenti relativi agli altri lotti della medesima gara.*

Capo III – Gli altri requisiti di partecipazione alla gara

Criteria di aggiudicazione degli appalti (art. 108)

Rispetto al testo dell'art. 95 del Dlgs.n. 50 del 2016, sono **eliminati** per confluire eventualmente negli allegati al codice:

il comma 6 nella parte in cui esemplifica i criteri di aggiudicazione dell'offerta utilizzabili dalle stazioni appaltanti;

a) la qualità, che comprende pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità per le persone con disabilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, quali OSHAS 18001, caratteristiche sociali, ambientali, contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto, caratteristiche innovative, commercializzazione e relative condizioni;

b) il possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto, in misura pari o superiore al 30 % del valore delle forniture o prestazioni oggetto del contratto stesso;

c) il costo di utilizzazione e manutenzione avuto anche riguardo ai consumi di energia e delle risorse naturali, alle emissioni inquinanti e ai costi complessivi, inclusi quelli esterni e di mitigazione degli impatti dei cambiamenti climatici, riferiti all'intero ciclo di vita dell'opera, bene o servizio, con l'obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un'economia circolare che promuova ambiente e occupazione;

d) la compensazione delle emissioni di gas ad effetto serra associate alle attività dell'azienda, relativa all'uso di metodologie comuni per misurare e comunicare le prestazioni ambientali nel corso del ciclo di vita dei prodotti e delle organizzazioni;

e) l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto;

f) il servizio successivo alla vendita e assistenza tecnica;

g) le condizioni di consegna quali la data di consegna, il processo di consegna e il termine di consegna o di esecuzione.

il comma 13 nella parte in cui fa riferimento ai criteri premiali dell'offerta; maggiore rating di legalità e di impresa,

valutazione dell'impatto generato di cui all'articolo 1, comma 382, lettera b), della legge 28 dicembre 2015, n. 208, anche qualora l'offerente sia un soggetto diverso dalle società benefit,

b) la valutazione dell'impatto generato utilizzando lo standard di valutazione esterno con caratteristiche descritte nell'allegato 4 annesso alla presente legge e che comprende le aree di valutazione identificate nell'allegato 5 annesso alla presente legge;

agevolare la partecipazione delle micro, piccole e medie imprese, dei giovani professionisti e delle imprese di nuova costituzione alle procedure di affidamento.

Indicano altresì il maggiore punteggio relativo all'offerta concernente beni, lavori o servizi che presentano un minore impatto sulla salute e sull'ambiente, ivi compresi i beni o i prodotti da filiera corta o a chilometro zero, e l'adozione di politiche tese al raggiungimento della parità di genere comprovata dal possesso di certificazione della parità di genere

il comma 14, nella parte in cui fa riferimento a ulteriori disposizioni applicabili nei casi di adozione del criterio di aggiudicazione del miglior rapporto qualità/prezzo.

a) le stazioni appaltanti possono autorizzare o esigere la presentazione di varianti da parte degli offerenti. Esse indicano nel bando di gara ovvero, se un avviso di preinformazione è utilizzato come mezzo di indizione di una gara, nell'invito a confermare interesse se autorizzano o richiedono le varianti; in mancanza di questa indicazione, le varianti non sono autorizzate. Le varianti sono comunque collegate all'oggetto dell'appalto;

b) le stazioni appaltanti che autorizzano o richiedono le varianti menzionano nei documenti di gara i requisiti minimi che le varianti devono rispettare, nonché le modalità specifiche per la loro presentazione, in particolare se le varianti possono essere presentate solo ove sia stata presentata anche un'offerta, che è diversa da una variante. Esse garantiscono anche che i criteri di aggiudicazione scelti possano essere applicati alle varianti che rispettano tali requisiti minimi e alle offerte conformi che non sono varianti;

c) solo le varianti che rispondono ai requisiti minimi prescritti dalle amministrazioni aggiudicatrici sono prese in considerazione;

d) nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture o di servizi, le amministrazioni aggiudicatrici che 109 abbiano autorizzato o richiesto varianti non possono escludere una variante per il solo fatto che, se accolta, configurerebbe, rispettivamente, o un appalto di servizi anziché un appalto pubblico di forniture o un appalto di forniture anziché un appalto pubblico di servizi.

Capo III – Gli altri requisiti di partecipazione alla gara

Art. 109 (Reputazione dell'impresa),

Riprendendo e innovando la disposizione originariamente contenuta all'art. 83, comma 10, decreto legislativo n. 50 del 2016, **istituisce, presso l'ANAC, un sistema digitale di monitoraggio delle prestazioni, quale elemento del fascicolo virtuale degli operatori.**

Le principali innovazioni rispetto alla disciplina vigente riguardano la semplificazione del sistema e il suo collegamento con il fascicolo virtuale dell'operatore economico

Al comma 1, si prevede l'istituzione del sistema presso l'ANAC, quale elemento del fascicolo virtuale degli operatori, 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, l'impegno della stessa impresa sul piano sociale.

Al comma 2 si prevede che la stessa ANAC definisce gli elementi del monitoraggio, le modalità di raccolta dei dati e il meccanismo di applicazione del sistema, al fine di incentivare gli operatori al rispetto dei principi del risultato e di buona fede e affidamento. Si precisa ancora che l'ANAC è tenuta a bilanciare tali elementi con il mantenimento dell'apertura del mercato, specie con riferimento alla partecipazione di nuovi operatori.

Al comma 3 si prevede, sotto il profilo temporale, che alla disposizione viene data attuazione entro diciotto mesi dall'entrata in vigore del codice, anche tenendo conto delle risultanze ottenute nel periodo iniziale di sperimentazione.

Il funzionamento di questo **sistema reputazionale deve coordinarsi con il principio di libera circolazione e con il principio di concorrenza,** ben potendo il requisito reputazionale sconfinare altrimenti in una sorta di ostacolo all'ingresso nel mercato di nuovi operatori economici ovvero creare indebite situazioni di vantaggio per operatori commerciali di dimensioni maggiori e capaci pertanto anche di ottenere valutazioni prestazionali positive.

Capo III – Gli altri requisiti di partecipazione alla gara

Offerte anormalmente basse (art. 110)

L'offerta è considerata anomala quando è sospetta di scarsa affidabilità e attendibilità circa la non corretta esecuzione della prestazione contrattuale, giacché, in base alle necessità individuate nei documenti di gara, non sembra assicurare all'operatore economico un adeguato profitto. ■

L'art. 110 contiene la normativa in tema di offerte anormalmente basse, introducendo una consistente modifica rispetto alle previsioni contenute nel decreto legislativo n. 50 del 2016 al fine:

- di semplificare la relativa disciplina,
- responsabilizzare le stazioni appaltanti nella scelta del sistema di anomalia e nella sua applicazione,
- tenere in considerazione l'eterogeneità delle situazioni concrete.

Al tempo stesso, anche in considerazione della differente qualificazione richiesta per lo svolgimento di procedure relative a **contratti di importo superiore e inferiore alle soglie europee**, si è optato per **una disciplina differenziata tra i due sistemi**.

Sono pertanto **eliminate dall'articolo le disposizioni dedicate alle procedure sotto-soglia**.

Al comma 1, si prevede che le *stazioni appaltanti valutano, sulla base di un giudizio tecnico, la congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità della migliore offerta che, in base ad elementi specifici appaia anormalmente bassa*.

Si specifica, poi, che *la stazione appaltante sia tenuta, nel bando o nell'avviso con cui si indice una gara, a indicare, gli elementi specifici in base ai quali svolgere il giudizio sulla base del quale sottoporre a valutazione di anomalia una data offerta*.

Pertanto, *il legislatore non ha predeterminato una soglia di valutazione preventiva di anomalia, ma ha rimesso la relativa indicazione alle stazioni appaltanti*, le quali nella loro discrezionalità potranno pertanto i criteri previsti dal decreto legislativo n. 50 del 2016 ovvero i criteri e i parametri previsti all'allegato II.12 bis, ovvero ancora i diversi e nuovi criteri o parametri individuati dalle stesse stazioni appaltanti.

Qualunque sia il criterio scelto dalla stazione appaltante è comunque necessario seguire il procedimento descritto all'art. 110 e, in particolare, la regola in base alla quale **l'esclusione dell'operatore economico potrà avvenire solo ed esclusivamente nel rispetto del contraddittorio**

Al **fine di valutare se sottoporre a giudizio di anomalia una determinata offerta, così come nella predisposizione dei criteri, la stazione appaltante può fondare la propria determinazione su **parere del collegio consultivo tecnico****

La stazione appaltante potrà utilizzare i criteri previsti dall'art. 97, prevedendo che

“2. Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e il numero delle offerte ammesse è pari o superiore a 15, la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata; al fine di non rendere predeterminabili dagli offerenti i parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia, il RUP o la commissione giudicatrice procedono come segue:

a) calcolo della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del dieci per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;

b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ex lett.a);

c) calcolo della soglia come somma della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico dei ribassi ex lett. b);

d) la soglia calcolata alla lett. c) viene decrementata di un valore percentuale pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi di cui alla lett. a) applicato allo scarto medio aritmetico di cui alla lett. b).

2-bis. Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e il numero delle offerte ammesse è inferiore a 15, la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata; ai fini della determinazione della congruità delle offerte, il RUP o la commissione giudicatrice procedono come segue:

a) calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10%, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del 10%, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;

b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ex lett. a);

c) calcolo del rapporto tra lo scarto medio aritmetico di cui alla lett. b) e la media aritmetica di cui alla lett. a);

d) se il rapporto di cui alla lett. c) è pari o inferiore a 0,15, la soglia di anomalia è pari al valore della media aritmetica di cui alla lett. a) incrementata del 20 per cento della medesima media aritmetica);

e) se il rapporto di cui alla lett. c) è superiore a 0,15 la soglia di anomalia è calcolata come somma della media aritmetica di cui alla lett. a) e dello scarto medio aritmetico di cui alla lett. b)”.

Capo III – Gli altri requisiti di partecipazione alla gara

Offerte anormalmente basse (art. 110)

Al comma 2 si prevede che, **qualora una determinata offerta appaia anormalmente bassa, è necessario in ogni caso sviluppare un contraddittorio procedimentale, richiedendo per iscritto al concorrente la presentazione di spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte, entro un termine non superiore a 15 giorni.**

Al comma 3 si prevede che **le spiegazioni fornite dal concorrente possono riguardare:**

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

Ai sensi del comma 4 *non sono invece ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge, nonché in relazione agli oneri di sicurezza di cui alla normativa vigente.*

al comma 5 si prevede che *la stazione appaltante debba escludere l'offerta se le spiegazioni fornite non giustificano adeguatamente il livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 3, oppure se l'offerta è anormalmente bassa in quanto: non rispetta gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali di diritto del lavoro*

Al comma 6, si prevede che *la stazione appaltante, qualora accerti che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato, può escludere tale offerta unicamente per questo motivo, soltanto dopo aver consultato l'offerente e se quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dalla stazione appaltante, che l'aiuto era compatibile con il mercato interno*

Parte VI , artt. 113-126

Poco più di una decina di articoli dello Schema di nuovo Codice sono dedicati *all'esecuzione.* ■

Gli argomenti di maggiore interesse riguardano:

le garanzie che gli operatori economici devono prestare in favore della Stazione Appaltante,

il subappalto,

le modifiche ai contratti in corso di esecuzione,

le clausole relative alla cessazione degli effetti del vincolo contrattuale,

gli scenari possibili a fronte dell'insolvenza del contraente, le regole in tema di penali e premio di accelerazione

Garanzie

In tema di **garanzie**, l'art. 117, recependo le indicazioni della legge delega volte a ridurre il peso dei costi delle cauzioni e fideiussioni gravanti sugli operatori, ha introdotto *la possibilità per le imprese di richiedere, con riferimento agli appalti di lavori e prima della conclusione del contratto, la sostituzione della cauzione o della garanzia fideiussoria (c.d. garanzia definitiva) con ritenute (appunto c.d. ritenute a garanzia) sugli stati di avanzamento.*

In linea con l'attuale disciplina, **l'importo della garanzia definitiva è pari al 10% dell'importo contrattuale**, fatti salvi gli incrementi previsti nel caso di ribasso in gara superiore, rispettivamente, al 10 o al 20 %.

Con riferimento agli **accordi quadro**, invece, è stata introdotta una nuova disposizione, che fissa la **garanzia nella misura massima del 2% del valore dell'accordo quadro.**

Interessante anche la novità contenuta nel comma 14 dell'art. 117, relativa **all'esonero dalla prestazione della garanzia definitiva**, limitata dalla normativa vigente al solo caso di miglioramento del prezzo di aggiudicazione.

L'esenzione potrà essere ammessa anche nel caso di miglioramento delle condizioni di esecuzione, cioè non solo garantendo alla Stazione Appaltante un ulteriore miglioramento del prezzo offerto in gara (condizione difficilmente praticabile dagli operatori), ma anche impegnandosi a migliorare la quantità o la qualità della prestazione.

Articolo 118 - Garanzie per l'esecuzione di lavori di particolare valore.

Il testo proposto riproduce il testo dell'attuale art. 104

1. Per gli affidamenti a contraente generale di qualunque ammontare, e, quando previsto dal bando o dall'avviso di gara, per gli appalti di ammontare superiore a 100 milioni di euro, *il soggetto aggiudicatario presenta* sotto forma di cauzione o di fideiussione rilasciata dai soggetti di cui all'articolo 106, comma 3, *in luogo della garanzia definitiva* di cui all'articolo 117, *una garanzia dell'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e del risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse*, denominata "garanzia di buon adempimento**" e *una garanzia di conclusione dell'opera nei casi di risoluzione del contratto previsti dal codice civile e dal presente codice, denominata* "**garanzia per la risoluzione**".**

Articolo 118 - Garanzie per l'esecuzione di lavori di particolare valore.

3. **La garanzia di buon adempimento** è costituita con le modalità di cui all'articolo 117, commi 1 e 2, ed **è pari al 5 % fisso dell'importo contrattuale** come risultante dall'aggiudicazione senza applicazione degli incrementi per ribassi di cui all'articolo 117, comma 1;

permane fino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione, o comunque fino a 12 mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato.

4. **La garanzia fideiussoria "per la risoluzione"** opera nei casi di risoluzione del contratto previsti dal codice civile e dal presente codice ed **è di importo pari al 10 % dell'importo contrattuale**, fermo restando che, qualora l'importo in valore assoluto fosse superiore a 100 milioni di euro, essa si intende comunque limitata a 100 milioni di euro.

5. La garanzia "per la risoluzione" **copre, nei limiti dei danni effettivamente subiti, i costi per le procedure di riaffidamento da parte della stazione appaltante e l'eventuale maggior costo tra l'importo contrattuale risultante dall'aggiudicazione originaria dei lavori e l'importo contrattuale del riaffidamento dei lavori stessi, a cui sono sommati gli importi dei pagamenti già effettuati o da effettuare in base agli stati d'avanzamento dei lavori.**

6. La garanzia "per la risoluzione" **è efficace a partire dal perfezionamento del contratto e fino alla data di emissione del certificato di ultimazione dei lavori, allorché cessa automaticamente.**

La garanzia "per la risoluzione" **cessa automaticamente anche decorsi tre mesi dalla data del riaffidamento dei lavori.**

Articolo 119 - Subappalto.

▪

L'istituto del subappalto viene inquadrato dal nostro ordinamento come il contratto mediante cui l'appaltatore, assumendo il ruolo di sub - committente, affida tutte le prestazioni o parte di esse ad un altro soggetto, denominato, per l'appunto, subappaltatore, senza tuttavia comportare alcun subentro di quest'ultimo nel rapporto contrattuale con la stazione appaltante.

Le novità del d.lgs. 50/2016

Il D.lgs. n. 50/2016 si occupa di subappalto all'art. 105, rubricato nell'ambito del Titolo V dedicato all'Esecuzione.

Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto.

Costituisce comunque subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività del contratto di appalto ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera
disciplina del contratto di subappalto molto più rigorosa

Il subappalto non può superare la quota del 30%

dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture

L'attuale impostazione normativa di cui all'art. 105, D. Lgs. 50/2016, mutuata dall'art. 118 del D. Lgs. 163/2006, definisce

Il subappalto

come il contratto derivato o subcontratto con cui l'appaltatore affida ad un terzo (il subappaltatore) l'esecuzione parziale dell'opera o del servizio che si è impegnato a realizzare in forza di un precedente contratto di appalto .

Nella definizione normativa del subappalto è ricompreso qualsiasi contratto avente ad oggetto attività, ovunque espletate, che richiedono *l'impiego di manodopera*, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, *purché* singolarmente *di importo superiore al 2% delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro*, e con la contestuale *incidenza della manodopera per attività ovunque espletate superiore al 50% dell'importo del subcontratto*

qualificazione del subaffidamento come subappalto

contestuale superamento dei limiti del 2% dell'importo del contratto (o 100.000 euro, se superiore) e dell'incidenza del 50% della manodopera.

Un subcontratto di importo superiore a 100.000 euro, ma con incidenza della manodopera inferiore al 50%, **non è qualificabile** come subappalto

La normativa intende tutelare i prestatori di lavoro,

valorizzando l'incidenza della manodopera quale discriminante tra subappalto e altri subcontratti,

fondamentale è l'esecuzione,

L'impiego significativo di manodopera per la posa in relazione ad un singolo rapporto,

determina il subappalto in relazione a qualsiasi fornitura che preveda una posa in opera caratterizzata dall'impiego di manodopera oltre le soglie del 50%

la mera fornitura di materiale, eventualmente comprensiva di trasporto in loco,

non può considerarsi subappalto

La procedura di infrazione n. 2018/2273 e le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Con la procedura di infrazione n. 2018/2273, **la Commissione Europea ha contestato la non conformità alla normativa eurounitaria di alcune previsioni in tema di subappalto** allora contenute nel decreto legislativo n. 50/2016 ed in particolare:

- **il limite quantitativo del 30% alle prestazioni subappaltabili**, che è stato fatto oggetto di censura anche da parte della Quinta Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea con le sentenze "Vitali" (26 settembre 2019, n. 63, causa C-63/18) e "Tedeschi" (27 novembre 2019, n. 402, causa C-402/18);
- **il divieto generale per i subappaltatori di fare ricorso a loro volta al subappalto** (subappalto "a cascata");
- **l'obbligo di preventiva indicazione di una terna di subappaltatori in sede di offerta;**
- **la preclusione per l'offerente in una procedura di gara d'appalto ad essere subappaltatore dell'aggiudicatario della medesima gara.**

Gli organi dell'Unione hanno evidenziato come **la disciplina nazionale in materia di subappalto contravenisse ai principi di parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità**, essendo state imposte limitazioni ingiustificate ed ulteriori rispetto a quelle previste a livello europeo.

Il che si poneva **in contrasto con il divieto di "gold plating"**, secondo il quale non si possano porre a carico degli operatori oneri ulteriori rispetto a quelli previsti dalle direttive europee.

La successiva evoluzione normativa in tema di subappalto

A fronte della **presa di posizione dell'Unione Europea**, il legislatore **italiano** ha dovuto **porre mano alla normativa in materia di subappalto**.

Dopo l'incremento dal 30% al 50% della soglia massima del subappalto intervenuto con il decreto legge 18 aprile 2019, n. 32 (cosiddetto "**Sblocca cantieri**"), soglia poi ridotta al 40% fino al 30 giugno 2021 per effetto di successivi interventi normativi, ***l'articolo 49 del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77*** (cosiddetto "**Semplificazioni bis**") ha previsto:

- dall'entrata in vigore del decreto **fino al 31 ottobre 2021, il ripristino della soglia massima di subappalto al 50%**;
- a partire **dal 1° novembre 2021, l'abrogazione dei limiti percentuali per il ricorso al subappalto**, nonché **l'estensione al subappaltatore della responsabilità**, in via solidale con l'appaltatore, **per le opere oggetto di subappalto**.

In linea con tale **processo di progressiva liberalizzazione dell'istituto** si è posta, infine, la **legge 23 dicembre 2021, n. 238**, che ha **superato definitivamente la preclusione, per un partecipante ad una gara di appalto pubblico, ad essere subappaltatore dell'aggiudicatario e l'obbligo di indicazione**, in sede di offerta, di una **terna di subappaltatori**, oltre a **confermare l'eliminazione dei limiti percentuali per il ricorso al subappalto**.

Le previsioni dello schema di nuovo Codice dei contratti in materia di subappalto

Come si è detto, le previsioni in tema di subappalto contenute nello schema di Codice dei contratti predisposto dalla Commissione speciale presso il Consiglio di Stato perseguono l'**obiettivo di conformare l'istituto ai principi vigenti nella legislazione europea**.

Così l'articolo 119 dello schema del nuovo codice **non prevede:**

- **limitazioni percentuali per il ricorso al subappalto;**
- **il divieto per i soggetti partecipanti alla procedura di affidamento del contratto di appalto di divenire subappaltatori dell'aggiudicatario;**
- **l'obbligo di indicazione, in sede di offerta, di una terna di subappaltatori;**
- **l'esclusiva responsabilità dell'appaltatore per le prestazioni oggetto del contratto di subappalto;**
- **il divieto del subappalto "a cascata".**

Occorre **tuttavia** considerare che, nell'articolo 119 del nuovo schema definitivo di Codice dei contratti, è **prevista la possibilità di limitare il ricorso al subappalto da parte della stazione appaltante.**

Questa, infatti, può individuare (purché ciò avvenga nell'ambito dei documenti pubblicati preliminarmente alla gara) le prestazioni o le lavorazioni che devono necessariamente essere eseguite dall'aggiudicatario (comma 2) e quelle che non possono formare oggetto di subappalto "a cascata" (comma 17).

In entrambi i casi, **la ratio è di garantire la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori nei cantieri e di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali.**

Si prescinde da tale ultima valutazione solo se i subappaltatori sono iscritti nella "white list" di cui all'articolo 1, comma 52 della legge 6 novembre 2012, n. 190 o inseriti nell'anagrafe antimafia degli esecutori ai sensi dell'articolo 30 del decreto legge 17 ottobre 2016, n. 189.

Infine, in conformità alle indicazioni contenute nella legge delega, l'articolo 119, comma 12 dello schema di Codice dei contratti prevede **l'obbligo per il subappaltatore di applicare il medesimo CCNL del contraente principale**, al ricorrere delle condizioni previste nel medesimo comma 12.

Articolo 120 - Modifica dei contratti in corso di esecuzione.

Si è preferito mantenere l'attuale impostazione dell'art. 106.

L'art. 120 è dedicato alle **modifiche dei contratti in corso di esecuzione**, la struttura del proposto nuovo articolato è **diretta a disciplinare**, da un lato, **le varianti** e, dall'altro e più in generale, **i limiti a tali modifiche**.

Si è precisato che l'intenzione del nuovo testo è quella di recepire le nozioni della direttiva e, in effetti, vengono recuperati concetti espressi in sede europea, senza particolare innovazione.

Le modifiche oggettive e soggettive vengono divise in:

- **modifiche non snaturanti**, cioè *in modifiche che, a prescindere dal loro importo, sono state previste in clausole chiare, precise e inequivocabili nei documenti di gara iniziali - tali modifiche possono anche consistere in **clausole di opzione**, che la Stazione Appaltante si riserva di valutare in fase di esecuzione*
- **modifiche ammesse in ragione di un dato quantitativo (e comunque non sostanziali)**, come nel caso di *lavori, servizi e forniture complementari, oppure per le varianti in corso d'opera, che devono comunque non eccedere il 50% del valore del contratto iniziale.*

Fuori dai casi problematici restano **le modifiche considerate non sostanziali**, di cui al comma 7, *che consentono risparmi da utilizzare in compensazione per far fronte a varianti in aumento, o che realizzano soluzioni equivalenti o migliorative.*

L'emergere dell'obiettivo di risultato evidenziato nel PNRR anche come "**risultato da conseguire in tempo utile**" e la contestuale necessità di consentire elasticità al progetto per compensare gli aumenti dei costi delle costruzioni ha determinato che:

Nel **caso di incrementi del costo dei materiali** previsti dal precedente comma 2 ter, *sono consentite "senza che sia alterata la natura generale del contratto e ferma restando la piena funzionalità dell'opera" **varianti in corso d'opera che assicurino "risparmi, rispetto alle previsioni iniziali, da utilizzare esclusivamente in compensazione per far fronte alle variazioni in aumento dei costi dei materiali"**.*

*Inoltre **le varianti che trovano copertura nelle somme a disposizione del quadro economico e non comportano aumenti di spesa e che mantengono la piena funzionalità dell'opera (e, quindi, a maggior ragione la natura del contratto) siano sempre ammesse se adeguatamente motivate da miglioramenti in termini di qualità dell'opera e/o di tempi di ultimazione.***

Articolo 120 - Modifica dei contratti in corso di esecuzione.

Con la disposizione del comma 7 si è inteso **ampliare la portata delle varianti in corso d'opera, considerando le esigenze sopravvenute della stazione appaltante, che richiedono una modifica del contratto senza la quale l'interesse che sta alla base della stipula verrebbe ad essere in vario modo frustrato, in particolare negli appalti di lavori in riferimento alla necessità di realizzare l'opera pubblica.**

il **comma 8** dell'art. 120, prevede che il contratto possa essere **sempre modificabile nel rispetto delle clausole di rinegoziazione** in esso contenute, stabilendo anche una procedura per formalizzare la richiesta di revisione e disciplinando i conseguenti obblighi del RUP.

La norma mantiene fattibile la **proroga, distinguendo tra:**

- **opzione di proroga**, che non necessita di particolari motivazioni per essere disposta in quanto prevista nei documenti di gara con l'impegno del contraente originario ad eseguire le prestazioni contrattuali ai prezzi, patti e condizioni stabiliti nel contratto,
- **proroga tecnica**, da disporre per il tempo necessario a concludere una nuova procedura di affidamento.

10. Nel caso in cui nel bando e nei documenti di gara iniziali sia prevista un'opzione di proroga il contraente originario è tenuto a eseguire le prestazioni contrattuali ai prezzi, patti e condizioni stabiliti nel contratto .

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

Articolo 122. Risoluzione.

Le stazioni appaltanti possono risolvere un contratto di appalto senza limiti di tempo, se si verificano una o più delle seguenti condizioni:

- a) il contratto dovrebbe subire una modifica sostanziale che richiede una nuova procedura di appalto*
- b) con riferimento alle modificazioni quando sono superate le soglie*
- c) l'aggiudicatario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto, in una situazione di esclusione, e avrebbe dovuto pertanto essere escluso dalla procedura di gara;*
- d) l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati UE.*

. Le stazioni appaltanti risolvono un contratto di appalto qualora nei confronti dell'appaltatore:

- a) sia intervenuta la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci;*
- b) sia intervenuto un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al codice delle leggi antimafia e delle relative misure di prevenzione, ovvero sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato*

3. Il contratto di appalto può inoltre essere risolto per grave inadempimento delle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore, tale da compromettere la buona riuscita delle prestazioni.

All'esito del procedimento, la stazione appaltante, su proposta del RUP, dichiara risolto il contratto con atto scritto comunicato all'appaltatore.

4. Qualora l'esecuzione delle prestazioni sia ritardata per negligenza dell'appaltatore rispetto alle previsioni del contratto, il direttore dei lavori o il direttore dell'esecuzione gli assegna un termine che non può essere inferiore a dieci giorni, entro i quali deve eseguire le prestazioni.

Scaduto il termine, e redatto il processo verbale, qualora l'inadempimento permanga, la stazione appaltante risolve il contratto, con atto comunicato all'appaltatore, fermo restando il pagamento delle penali.

5. In tutti i casi di risoluzione del contratto l'appaltatore ha diritto soltanto al pagamento delle prestazioni relative ai lavori, servizi o forniture regolarmente eseguiti.

*in caso di risoluzione è ammessa la possibilità per il soggetto pubblico, nel caso in cui l'appaltatore non liberi le aree e non le metta in sicurezza, di poter, **depositare una cauzione in un conto vincolato pari all'1% del valore del contratto a favore dell'appaltatore o prestare idonee garanzie per il credito maturato dall'impresa, provvedendo d'ufficio.***

Articolo 123. Recesso.

1. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-ter e 92, comma 4, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, *la stazione appaltante può recedere dal contratto in qualunque momento purché tenga indenne l'appaltatore mediante il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti nonché del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavori o in magazzino nel caso di servizi o forniture, oltre al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite*, calcolato secondo quanto previsto **nell'allegato II.14**.
2. L'esercizio del diritto di recesso è manifestato dalla stazione appaltante mediante una *formale comunicazione all'appaltatore da darsi per iscritto con un preavviso non inferiore a 20 giorni, decorsi i quali la stazione appaltante prende in consegna i lavori, servizi o forniture ed effettua il collaudo definitivo o verifica la regolarità dei servizi e delle forniture*.
3. **L'allegato II.14** disciplina il rimborso dei materiali, la facoltà di ritenzione della stazione appaltante e gli obblighi di rimozione e sgombero dell'appaltatore.

Articolo 124. Esecuzione o completamento dei lavori, servizi o forniture nel caso di procedura di insolvenza o di impedimento alla prosecuzione dell'affidamento con l'esecutore designato.

gli scenari possibili a fronte dell'insolvenza del contraente

Riguardo ai nuovi affidamenti *nel caso di insolvenza del contraente*, è previsto che, in caso di impedimento alla prosecuzione dell'appalto con l'esecutore aggiudicatario, lo scorrimento della graduatoria debba avvenire alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta, salvo che la Stazione Appaltante abbia previsto nei documenti di gara che il nuovo affidamento avvenga alle condizioni proposte dall'operatore economico interpellato, introducendo un regime diverso da quello vigente (art. 110, comma 2 del D.Lgs. n. 50/2016).

Anticipazione, modalità e termini di pagamento del corrispettivo (art. 125)

Sul valore del contratto di appalto è calcolato *l'importo dell'anticipazione del prezzo pari al 20 % da corrispondere all'appaltatore entro 15 giorni dall'effettivo inizio della prestazione anche nel caso di consegna dei lavori o di avvio dell'esecuzione in via d'urgenza.*

Con i documenti di gara può essere previsto **un incremento dell'anticipazione del prezzo fino al 30 %.**

Nei contratti di lavori i pagamenti relativi agli *acconti del corrispettivo sono effettuati nel termine di 30 giorni decorrenti dall'adozione di ogni stato di avanzamento*, salvo che sia espressamente concordato nel contratto un diverso termine, *comunque non superiore a 60 giorni e purché ciò sia oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche.*

All'esito positivo del collaudo negli appalti di lavori, e della verifica di conformità negli appalti di servizi e forniture, e *comunque entro un termine non superiore a sette giorni dall'emissione dei relativi certificati, il RUP rilascia il certificato di pagamento relativo alla rata di saldo;*

il pagamento è effettuato nel termine di 30 giorni decorrenti dall'esito positivo del collaudo o della verifica di conformità, *salvo che sia espressamente concordato nel contratto un diverso termine, comunque non superiore a 60 giorni e purché ciò sia oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche.*

Il certificato di pagamento non costituisce presunzione di accettazione dell'opera.

Penali e premio di accelerazione

Il tema di **penali e premio di accelerazione**, il nuovo Codice presenta **alcune novità**, riconoscendo **la premialità, ove contrattualmente previsto, anche nel caso in cui la scadenza del contratto sia prorogata**, per fatto non imputabile all'appaltatore, e successivamente accorciata grazie all'azione proattiva di quest'ultimo.

Le penali dovute per il ritardato adempimento sono calcolate in misura giornaliera compresa tra lo 0,3 per mille e l'1 per mille dell'ammontare netto contrattuale, da determinare in relazione all'entità delle conseguenze legate al ritardo, e non possono comunque superare, complessivamente, il 10 % di detto ammontare netto contrattuale.

Per gli appalti di lavori la stazione appaltante può prevedere nel bando o nell'avviso di indizione della gara che, se l'ultimazione dei lavori avviene in anticipo rispetto al termine fissato contrattualmente, sia riconosciuto un **premio di accelerazione** per ogni giorno di anticipo

Il premio è determinato sulla base degli stessi criteri stabiliti per il calcolo della penale ed è corrisposto a seguito dell'approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo.

Governance nel nuovo Codice dei Contratti pubblici e giurisdizione

Per il coordinamento nell'attuazione del codice, per l'analisi delle proposte di modifica legislativa e regolamentare, per l'indirizzo delle stazioni appaltanti, per la condivisione delle informazioni, per la diffusione della conoscenza delle migliori e delle peggiori pratiche, l'articolo 221 istituisce una “**cabina di regia per il codice dei contratti pubblici**” presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

La vigilanza e il controllo sui contratti pubblici e l'attività di regolazione degli stessi sono attribuiti, dall'articolo 222 **all'Autorità nazionale anticorruzione (Anac)**, che agisce anche al fine di prevenire e contrastare illegalità e corruzione e garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti attraverso la definizione di bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo e altri atti amministrativi generali.

Inoltre, l'articolo 223 affida all'Anac *iniziative di sperimentazione normativa anche tramite relazioni istituzionali con analoghe strutture istituite in Paesi stranieri, europei ed extraeuropei.*

LIBRO V – DEL CONTENZIOSO E DELL’AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE. DISPOSIZIONI FINALI E TRANSITORIE PARTE I DEL CONTENZIOSO

Titolo I I ricorsi giurisdizionali

In merito ai **procedimenti dinanzi alla giustizia amministrativa**, si prevede che il *giudice conosca anche delle azioni risarcitorie e di quelle di rivalsa proposte dalla stazione appaltante nei confronti dell'operatore economico che, con un comportamento illecito, ha concorso a determinare un esito della gara illegittimo.*

L'articolo 209 apporta **modifiche all'articolo 124 c.p.a.**

La prima modifica, introdotta al comma 1 dell'art. 124 c.p.a. , prevede ***l'estensione della cognizione del giudice anche alle azioni risarcitorie e a quelle di rivalsa proposte dalla stazione appaltante nei confronti dell'operatore economico che, violando i doveri di buona fede e correttezza, ha concorso a determinare un esito illegittimo della gara.***

L'innovazione punta a rafforzare la tutela risarcitoria sia del terzo, leso dall'aggiudicazione illegittima, il quale può agire direttamente, oltre che nei confronti della stazione appaltante, anche nei confronti dell'operatore economico che contravvenendo ai doveri di buona fede ha conseguito una aggiudicazione illegittima, sia della stessa stazione appaltante, che può agire in rivalsa nei confronti di quest'ultimo o dell'eventuale terzo concorrente che abbia concorso, con la sua condotta scorretta, a determinare un esito della gara illegittimo

Ulteriore modifica viene apportata al meccanismo di liquidazione del danno previsto dall'articolo 34, comma 4, c.p.a.

La disposizione crea disincentivi economici nei confronti della parte danneggiante che manchi di formulare una proposta transattiva, o che la determini in misura incongrua rispetto alla reale entità del danno suscettibile di ristoro. L'intento è quello di favorire la rapida definizione del tema risarcitorio nell'ambito dell'unico giudizio di cognizione, evitando l'attivazione di un secondo giudizio di ottemperanza, previsto dall'articolo 34, comma 4, per il caso del mancato accordo tra le parti.

Titolo II - I rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale

L'articolo 213 reca apposita disciplina concernente il ricorso all'istituto dell'arbitrato in materia di contratti pubblici.

Sono deferibili le controversie derivanti dall'esecuzione di tutte le tipologie di contratti (relativi a lavori, servizi e forniture), ma solamente se inerenti ai diritti soggettivi (e, pertanto, non anche quelle attinenti a interessi legittimi), sottraendo, ad ogni modo, l'area della procedura ad evidenza pubblica.

Il comma 2 attribuisce, alla stazione appaltante o all'ente concedente, *la facoltà di indicare previamente nel bando, nell'avviso con cui si indice la gara oppure nell'invito, per le procedure senza bando, se il contratto conterrà o non conterrà la clausola compromissoria.*

▪

In conclusione, dall'analisi del testo di riforma del nuovo codice dei contratti pubblici l'aspettativa che si trae è che tale sforzo di semplificazione e razionalizzazione della materia non rimanga, come avvenuto in passato, una chimera, ma al contrario, che sia questa un'occasione da cogliere e che le risorse messe a disposizione dall'Unione europea possano essere il veicolo per conseguire l'obiettivo.

GRAZIE