

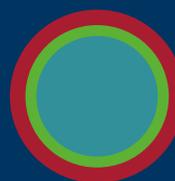
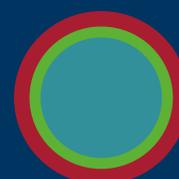
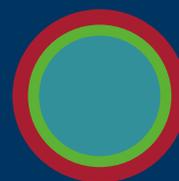
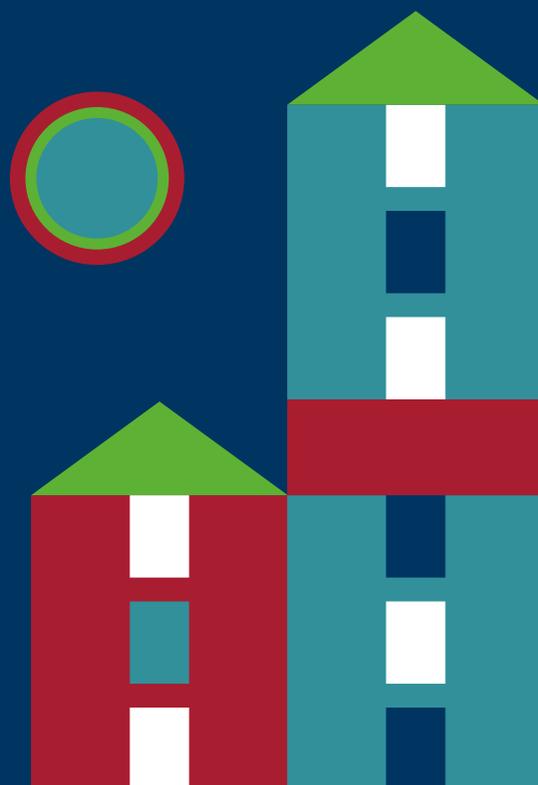
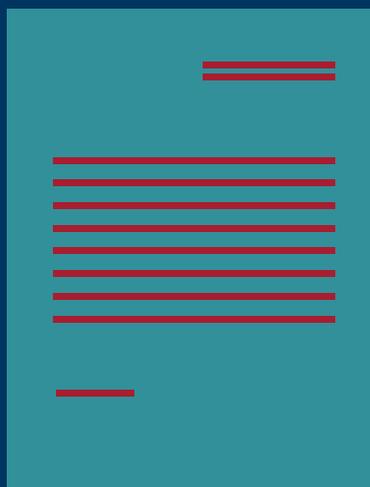


Artigiani
Imprenditori
d'Italia

Costruzioni

APPALTI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE DI IMPORTO INFERIORE ALLE SOGLIE EUROPEE

SECONDO IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI



A CURA DI

CNA Costruzioni

SOMMARIO

9	PREMESSA
11	CAPITOLO 1 IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI: NOVITÀ, VIGENZA ED EFFICACIA
16	1.1. LE PRINCIPALI NOVITÀ DELLA RIFORMA
24	1.2. VIGENZA ED EFFICACIA DEL NUOVO CODICE
27	CAPITOLO 2 LE SOGLIE EUROUNITARIE
33	CAPITOLO 3 I CONTRATTI SOTTO LA SOGLIA DI RILEVANZA EUROUNITARIA ALLA LUCE DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

35	3.1. PRINCIPI APPLICABILI AI CONTRATTI SOTTO-SOGLIA
46	3.2. I CONTRATTI SOTTO LA SOGLIA CHE PRESENTANO UN INTERESSE TRANSFRONTALIERO CERTO
49	CAPITOLO 4 I CONTRATTI SOTTO-SOGLIA: LE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO
56	4.1. L’AFFIDAMENTO DIRETTO
60	4.2. LA PROCEDURA NEGOZIATA SENZA BANDO
71	CAPITOLO 5 LE NOVITÀ COMUNI AI CONTRATTI SOTTO-SOGLIA: LE GARANZIE E L’ESECUZIONE DEL CONTRATTO
75	CAPITOLO 6 CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

PREMESSA

L'individuazione delle sfide e le opportunità che le imprese artigiane e le PMI affrontano in relazione al tema delle opere pubbliche rappresenta uno degli obiettivi dell'attività politico-sindacale di CNA Costruzioni.

Alla luce delle importanti novità introdotte dal nuovo Codice dei Contratti Pubblici è con grande piacere che presentiamo questo manuale dedicato al tema delle procedure "sottosoglia".

Questo lavoro, frutto della competenza e della professionalità dell'Avv. Gaetano Viciconte, in stretta collaborazione con CNA Costruzioni, intende promuovere una maggiore consapevolezza e attenzione nei confronti di un tema di grande interesse, esplorando e approfondendo le molteplici opportunità che il mercato degli appalti pubblici può offrire alle piccole e medie imprese (PMI).

Il nostro studio analizza in modo dettagliato il quadro normativo recentemente aggiornato, fornendo le basi essenziali per consentire alle PMI di accrescere la loro conoscenza sulle modalità di accesso al mercato delle opere pubbliche.

Ci auguriamo che questo strumento possa altresì favorire un dialogo più efficace tra le imprese e le stazioni appaltanti e contribuire a creare un ambiente che aiuti la crescita delle PMI, fornendo un supporto pratico a tutti coloro che operano in diversi ruoli all'interno del mercato degli appalti pubblici, che siano imprese, pubbliche amministrazioni o consulenti.

Un supporto alle imprese per sfruttare appieno le opportunità offerte da questo mercato in costante evoluzione, convinti che il successo delle imprese artigiane e delle PMI rappresenti un elemento fondamentale per la crescita economica e lo sviluppo sostenibile del paese.

Continuando a valorizzarne il ruolo cruciale nell'economia nazionale, ci auguriamo di poter contribuire alla promozione di un settore degli appalti pubblici più aperto, efficiente e inclusivo per le imprese artigiane e le PMI.

Il Responsabile Nazionale CNA Costruzioni
Riccardo Masini

Il Presidente Nazionale CNA Costruzioni
Enzo Ponzio

CAPITOLO 1

Il nuovo Codice
dei Contratti Pubblici:
novità, vigenza ed efficacia



on la legge 21 giugno 2022, n. 78, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 24 giugno 2022, il Parlamento ha conferito delega al Governo ad adottare, entro sei mesi dalla data della sua entrata in vigore, uno o più decreti legislativi relativi alla disciplina dei contratti pubblici, al fine di adeguare la disciplina in materia a quella del diritto europeo, ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, nonché di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente anche al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate¹. L'approvazione della legge delega ha rappresentato un passaggio fondamentale per la riforma, prevista nel PNRR², in materia di contratti pubblici. Difatti, la delega al Governo si inseriva in un contesto di modifiche già avviato dal Decreto semplificazioni (D.L. 31 maggio 2021, n. 77³, conv. con mod. L. 29 luglio 2021, n. 108⁴), che aveva introdotto un duplice pacchetto di previsioni normative necessarie, da un lato, per risolvere alcune criticità contenute nel Codice Appalti previgente (D. Lgs. n. 50/2016) e, dall'altro, per semplificarne le procedure di affidamento e l'esecuzione dei contratti finanziati in tutto o in parte dai fondi PNRR e PNC⁵.

Se le modifiche introdotte dal Decreto semplificazioni⁶ hanno concorso al superamento di alcune criticità, l'entrata in vigore della legge delega ha rappresentato il passaggio finale verso la riforma organica del settore.

Tra i principi e i criteri direttivi della legge delega si possono ricordare i seguenti:

- garantire il perseguimento di obiettivi di coerenza e di stretta aderenza alle direttive europee attraverso l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, ferma restando l'inderogabilità delle misure a tutela del lavoro, della sicurezza, del contrasto al lavoro irregolare, della legalità e della trasparenza;
- procedere alla revisione delle competenze dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) in materia di contratti pubblici al fine di rafforzarne le funzioni di vigilanza;
- ridefinire la disciplina in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti al fine di conseguire una loro riduzione numerica;
- prevedere, al fine di favorire la partecipazione da parte delle micro e piccole imprese, criteri premiali per l'aggregazione di impresa, la possibilità di procedere alla suddivisione degli appalti in lotti, nonché il divieto di accorpamento artificioso dei lotti;
- semplificare la disciplina dei contratti pubblici che abbiano un importo inferiore alle soglie di rilevanza europea (c.d. contratti sottosoglia), con divieto per le stazioni appaltanti di utilizzare il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari, e l'obbligo del rispetto del principio di rotazione nelle pro-

¹ Si pensi, ad esempio, alla Procedura di infrazione n. 2018/2273 in materia di subappalto.

² Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Trattasi di quel documento che ciascuno Stato membro deve predisporre per accedere ai fondi del Next Generation EU (NGEU), lo strumento introdotto dall'Unione europea per la ripresa post pandemia Covid-19, rilanciando l'economia degli Stati membri e rendendola più verde e più digitale. Il NGEU è un pacchetto da 750 miliardi di euro, costituito da sovvenzioni e prestiti, la cui componente centrale è il Dispositivo per la Ripresa e Resilienza (Recovery and Resilience Facility, RRF), che ha una durata di sei anni (2021-2026), e un volume totale di 672,5 miliardi di euro (312,5 sovvenzioni, i restanti 360 miliardi prestiti a tassi agevolati). In altre parole, il PNRR è lo strumento che deve dare attuazione al NGEU definendo un pacchetto coerente di riforme e investimenti per il periodo 2021-2026, dettagliando i progetti e le misure previste. Pertanto, la predisposizione del PNRR è servita al Governo italiano per illustrare alla Commissione europea la futura gestione dei fondi del NGEU, descrivendo i progetti che intendeva finanziare con questi e delineando il calendario delle riforme associate all'attuazione del Piano e, più in generale, finalizzate alla modernizzazione del Paese. Tra queste, vi è la riforma in materia di contratti pubblici e l'approvazione della L. n. 78/2022 rappresentava uno specifico traguardo del PNRR da conseguire entro il 30 giugno 2022.

³ G.U. Serie Generale, n. 129 del 31 maggio 2021 – Suppl. Ordinario n. 26.

⁴ G.U. Serie Generale, n.181 del 30 luglio 2021 – Suppl. Ordinario n. 26.

⁵ Il Governo italiano ha integrato e potenziato i contenuti del PNRR attraverso il Piano Nazionale Complementare (PNC) con il decreto-legge n. 59 del 6 maggio 2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 101 del 1° luglio 2021, con lo stanziamento di ulteriori 30,6 miliardi di risorse nazionali,

- cedure di scelta del contraente;
- introdurre l'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;
 - introdurre il divieto di prestazione gratuita delle attività professionali, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione;
 - ridurre i tempi relativi alle procedure di gara, mediante interventi di digitalizzazione e informatizzazione e anche attraverso contratti-tipo predisposti dall'ANAC;
 - semplificare le procedure concernenti l'approvazione dei progetti di opere pubbliche anche attraverso la ridefinizione dei livelli di progettazione ai fini di una loro riduzione;
 - rivisitare il sistema di qualificazione degli operatori al fine di valorizzare i criteri relativi alle competenze tecniche e professionali;
 - individuare i casi nei quali si può ricorrere a meccanismi valutativi delle offerte mediante automatismi o al solo criterio del prezzo più basso;
 - ridefinire la disciplina delle varianti in corso d'opera;
 - individuare modalità incentivanti per il ricorso alle cosiddette procedure flessibili (dialogo competitivo, partenariato, procedure competitive con negoziazione, etc.);
 - procedere all'indicazione dei contratti pubblici esclusi dall'ambito di applicazione delle direttive europee nonché delle ipotesi in cui le stazioni appaltanti possano ricorrere all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori (c.d. appalto integrato);
 - individuare meccanismi sanzionatori e premiali volti a incentivare la tempestiva esecuzione dei contratti da parte dell'aggiudicatario, nonché di meccanismi di rafforzamento dei metodi di risoluzione delle controversie che siano alternativi al rimedio giurisdizionale;
 - semplificare e accelerare le procedure di pagamento da parte delle stazioni appaltanti del corrispettivo contrattuale⁷.

Con il D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36⁸, nei termini di cui alla legge delega, è stato adottato il nuovo Codice dei Contratti pubblici, destinato a sostituire il vecchio Codice (D. Lgs. n. 50/2016) dopo una vigenza di sette anni e a riformare la materia secondo le direttrici di razionalizzazione, semplificazione e riordino.

Il nuovo Codice, ordinato nella sua composizione, si articola in cinque Libri: il Libro I «dei principi, della digitalizzazione, della programmazione, della progettazione»; il Libro II «dell'appalto»; il Libro III «dell'appalto nei settori speciali»; il Libro IV «del partenariato pubblico-privato e delle concessioni», ed infine il Libro V «del contenzioso e dell'Autorità Nazionale anticorruzione. Disposizioni finali e transitorie».

Con l'obiettivo di rendere il nuovo Codice immediatamente auto-esecutivo, attraverso la redazione degli allegati al D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, il

disponibili in aggiunta alle sovvenzioni e ai fondi previsti nell'ambito del Recovery and Resilience Facility (RRF). Risorse e programmi del PNC, meglio definiti all'interno del relativo decreto ministeriale del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 15 luglio 2021, sono destinati ad integrare le iniziative del PNRR.

⁶ Come si legge all'art. 1, rubricato «Principi, finalità e definizioni», il Decreto «(...) definisce il quadro normativo nazionale finalizzato a semplificare e agevolare la realizzazione dei traguardi e degli obiettivi stabiliti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, di cui al regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, dal Piano nazionale per gli investimenti complementari di cui al decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59, nonché dal Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima 2030 di cui al Regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018». Pertanto, il D.L. Semplificazioni ha rappresentato in sostanza il primo tassello per l'avvio dei progetti legati al Recovery Plan: con riferimento ai contratti pubblici, l'art. 1 del d.l. 76/2020, in relazione alle procedure sotto-soglia, ha voluto incentivare il settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici:

1) riducendo il numero delle procedure d'affidamento, in deroga agli articoli 36, comma 2 e 157,

legislatore delegato ha scelto di farsi carico della normazione secondaria in ordine alla disciplina attuativa di dettaglio, senza aspettare l’emanazione di specifici regolamenti: detti allegati saranno abrogati a decorrere dall’entrata in vigore di un corrispondente regolamento, da adottarsi ai sensi dell’art. 17, co. 3, L. n. 400/1988, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previo parere ANAC, e che si andrà a sostituire a tutti gli effetti all’allegato di riferimento. Fino a che gli allegati non saranno sostituiti con altrettanti decreti ministeriali, i primi saranno pienamente efficaci. Alla luce di quanto appena detto, la disciplina dei contratti pubblici risulta così composta (tabella 1.1 e 1.2):

TABELLA 1.1 – SCHEMA NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI (D. LGS. N. 36/2023)

Libro I Dei principi, della digitalizzazione, della programmazione, della progettazione	Parte I - Dei principi, suddivisa in: Titolo I - I principi generali (artt. 1-12) Titolo II - L’ambito di applicazione, il responsabile unico e le fasi dell’affidamento (artt. 13-18)
	Parte II - Della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti (artt. 19-36)
	Parte III - Della programmazione (artt. 37-40)
	Parte IV - Della progettazione (artt. 41-47)
Libro II Dell’appalto	Parte I - Dei contratti di importo inferiore alle soglie comunitarie (artt. 48-55)
	Parte II - Degli istituti e delle clausole comuni (Artt. 56-61)
	Parte III - Dei soggetti, suddivisa in: Titolo I - Le stazioni appaltanti (artt. 62-64) Titolo II - Gli operatori economici
	Parte IV - Delle procedure di scelta del contraente (Artt. 70-76)
	Parte V - Dello svolgimento delle procedure, suddivisa in: Titolo I - Gli atti preparatori Titolo II - I bandi, gli avvisi e gli inviti Titolo III - La documentazione dell’offerente e i termini per la presentazione delle domande e delle offerte Titolo IV - I requisiti di partecipazione e la selezione dei partecipanti (artt. 93-106), a sua volta composto da tre Capi così rubricati: La commissione giudicatrice, I requisiti di ordine generale, Gli altri requisiti di partecipazione alla gara Titolo V - La selezione delle offerte (artt. 107-112)
	Parte VI - Dell’esecuzione (artt. 113-116)
	Parte V - Disposizioni particolari per alcuni contratti dei settori ordinari, suddivisa in: Titolo I - I servizi sociali e i servizi assimilati (artt. 127-128) Titolo II - Gli appalti di servizi sociali e si altri servizi nei settori ordinari (artt. 129-131) Titolo III - I contratti nel settore dei beni culturali (artt. 132-134) Titolo IV - I servizi di ricerca e sviluppo (art. 135) Titolo V - I contratti nel settore della difesa e sicurezza. I contratti secretati (artt. 136-139) Titolo VI - Le procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile (art. 140)
	Parte I - Disposizioni generali (artt. 141-152)
	Parte II - Delle procedure di scelta del contraente (artt. 153-158)
	Parte III - Dei bandi, degli avvisi e degli inviti (artt. 159-166)
Parte IV - Della selezione dei partecipanti e delle offerte (artt. 167-173)	
Libro III Dell’appalto nei settori speciali	Parte I - Disposizioni generali (artt. 141-152)
	Parte II - Delle procedure di scelta del contraente (artt. 153-158)
	Parte III - Dei bandi, degli avvisi e degli inviti (artt. 159-166)
	Parte IV - Della selezione dei partecipanti e delle offerte (artt. 167-173)

comma 2 del D. Lgs. n. 50/2016, le quali passano da quattro a due (ossia l’affidamento diretto e la procedura negoziata senza bando), ferma restando la possibilità di utilizzare la procedura aperta;

2) stabilendo un termine di due mesi, salvo l’aumento a quattro mesi per le procedure negoziate senza bando di cui all’art. 63 D. Lgs. n. 50/2016, entro il quale deve avvenire l’aggiudicazione o l’individuazione definitiva del contraente;

3) derogando all’art. 93 D. Lgs. n. 50/2016 e quindi la stazione appaltante non deve richiedere le garanzie provvisorie, salvo particolari e motivate esigenze. In ogni caso, il relativo ammontare è stato dimezzato rispetto a quello previsto dal medesimo art. 93.

L’art. 2 D.L. n. 76/2020 ha inteso incentivare gli investimenti pubblici nell’ambito dei contratti sopra-soglia nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici:

1) stabilendo una riduzione dei termini delle procedure di scelta del contraente;

2) derogando agli articoli 63 e 125 D. Lgs. n. 50/2016 in materia di procedura negoziata;

3) autorizzando le stazioni appaltanti (solo per determinati settori ed in determinati casi contemplati dall’art. 2, co. 3), ad operare in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del d.lgs. n. 159/2011, dei vincoli derivanti dall’appartenenza dell’Italia all’Unione Europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, e dei principi di cui agli articoli 30, 34, 42 D. Lgs. n. 50/2016 e delle disposizioni in materia di subappalto.

Libro IV Del partenariato pubblico-privato e delle concessioni	Parte I - Della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti (artt. 19-36)
	Parte II - Dei contratti di concessione, suddivisa in: Titolo I - L'ambito di applicazione dei principi generali (artt. 176-181) Titolo II - L'aggiudicazione delle concessioni: principi e garanzie procedurali (artt. 182-187) Titolo III - L'esecuzione delle concessioni (artt. 188-192) Titolo IV - La finanza di progetto (artt. 193-195)
	Parte III - Locazione finanziaria (art. 196)
	Parte IV - Del contratto di disponibilità (art. 197)
	Parte V - Altre disposizioni in materia di partenariato pubblico-privato (artt. 198-202)
	Parte VI - Dei servizi globali (artt. 203-208)
Libro V Del contenzioso e dell'autorità nazionale anticorruzione. Disposizioni finali	Parte I - Del contenzioso, suddivisa in: Titolo I - I ricorsi giurisdizionali (art. 209) Titolo II - I rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale (artt. 210-220)
	Parte II - Dell'esecuzione (artt. 113-116)
	Parte III - Disposizioni transitorie, di coordinamento e abrogazioni (artt. 224-229)

TABELLA 1.2 – GLI ALLEGATI AL D.LGS. N. 36/2023

Allegato I.1	Definizioni dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli strumenti
Allegato I.2	Attività del RUP
Allegato I.3	Termini delle procedure di appalto
Allegato I.4	Imposta di bollo relativa alla stipulazione del contratto
Allegato I.5	Elementi per la programmazione dei lavori e dei servizi. Schema tipo
Allegato I.6	Dibattito pubblico obbligatorio
Allegato I.7	Contenuti minimi del quadro esigenziale, del documento di fattibilità tecnica ed economica e del progetto esecutivo
Allegato I.8	Verifica preventiva dell'interesse archeologico
Allegato I.9	Metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni
Allegato I.10	Attività tecniche a carico degli stanziamenti previsti per le singole procedure
Allegato I.11	Disposizioni relative all'organizzazione, alle competenze, alle regole di funzionamento, nonché alle ulteriori attribuzioni del Consiglio superiore dei lavori pubblici
Allegato I.12	Opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione
Allegato I.13	Determinazione dei parametri per la progettazione
Allegato I.14	Criteri di formazione ed aggiornamento dei prezzi regionali
Allegato II.1	Elenchi degli operatori economici e indagini di mercato per gli affidamenti di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea
Allegato II.2	Metodo di calcolo della soglia di anomalia per l'esclusione automatica delle offerte
Allegato II.3	Soggetti con disabilità o svantaggiati cui può essere riservata la partecipazione ad appalti
Allegato II.4	Qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza
Allegato II.5	Specifiche tecniche ed etichettature
Allegato II.6	Informazioni in avvisi e bandi

⁷Tra gli ulteriori criteri direttivi e principi, la legge delega n. 78/2022 indica altresì:

- la semplificazione delle procedure finalizzate alla realizzazione di investimenti in tecnologie verdi e digitali, nonché in innovazione e ricerca e in innovazione sociale, anche al fine di perseguire gli obiettivi dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, prevedendo altresì misure volte a garantire il rispetto dei criteri di responsabilità energetica e ambientale nell'affidamento degli appalti pubblici in particolare mediante la definizione dei criteri ambientali minimi (CAM) da rispettare obbligatoriamente;
- la previsione della facoltà, per le stazioni appaltanti, di riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e di concessione a operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate, nonché la previsione dell'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire delle specifiche clausole sociali volte a garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato nonché le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa;
- la promozione, nel rispetto del diritto europeo vigente, dell'obbligo per le stazioni appaltanti di ricorrere a forniture in cui la parte di prodotti originari di Paesi terzi che compongono l'offerta non sia maggioritaria rispetto al valore totale dei prodotti; previsione, nel caso di forniture provenienti da Paesi extra-UE, di misure atte a garantire il rispetto di CAM e dei diritti dei lavoratori, anche al fine di assicurare una leale concorrenza nei confronti degli operatori economici europei;
- la semplificazione della normativa primaria in materia di programmazione e localizzazione delle opere pubbliche con particolare riguardo all'istituto del dibattito pubblico;

Allegato II.7	Caratteristiche relative alla pubblicazione
Allegato II.8	Rapporto di prova, certificazioni delle qualità, mezzi di prova, registro online dei certificati e costi del ciclo di vita
Allegato II.9	Informazioni contenute negli inviti ai candidati
Allegato II.10	Violazioni gravi degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali
Allegato II.11	Registri professionali o commerciali per operatori economici di altri stati membri
Allegato II.12	Sistema di qualificazione e requisiti per gli esecutori di lavori
Allegato II.13	Certificazione o marchi rilevanti ai fini della riduzione della garanzia
Allegato II.14	Direzione dei lavori e direzione dell'esecuzione dei contratti. Modalità di svolgimento delle attività in fase di esecutiva. Collaudo e verifica di conformità
Allegato II.15	Criteri per la determinazione dei costi per gli accertamenti di laboratorio e le verifiche tecniche
Allegato II.16	Informazioni a livello europeo relative alla modifica di contratti in corso di esecuzione
Allegato II.17	Servizi sostitutivi di mensa
Allegato II.18	Qualificazione dei soggetti, progettazione e collaudo nel settore in corso di esecuzione
Allegato II.19	Servizi di ricerca e sviluppo
Allegato II.20	Appalti e procedure nei settori difesa e sicurezza
Allegato IV.1. (sic! in G.U.)	Informazioni da inserire nei bandi di concessione di cui all'articolo 182
Allegato V.1	Compensi degli arbitri
Allegato V.2	Modalità di costituzione del Collegio consultivo tecnico
Allegato V.3	Modalità di formazione della Cabina di regia

1.1. LE PRINCIPALI NOVITÀ DELLA RIFORMA

Fermo restando che il presente lavoro si propone di affrontare nel dettaglio la nuova disciplina dei contratti di importo inferiore alle soglie europee, la cui analisi verrà condotta nei punti successivi, è opportuno ripercorrere sinteticamente alcune delle modifiche e delle novità che interessano trasversalmente la materia dei contratti pubblici, compresi i contratti sotto-soglia.

1.1.A. LA CODIFICAZIONE DEI PRINCIPI E LA DIGITALIZZAZIONE DEL CICLO DI VITA DEI CONTRATTI PUBBLICI

Tra le novità più rilevanti, si può ricordare l'introduzione di un'apposita Parte del Codice (Parte I, Libro I) dedicata alla codificazione dei principi che riguardano l'intera materia dei contratti pubblici. Il ricorso ai principi assolve una funzione di completezza dell'ordinamento giuridico e di tutela di interessi che altrimenti non troverebbero adeguata sistemazione nelle singole disposizioni. Un esempio è il principio del risultato (art. 1) che è

- la modificazione della disciplina relativa ai servizi sociali e della ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché di quella dei servizi ad alta intensità di manodopera (per i quali i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti devono contenere la previsione di specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato), stabilendo come criterio utilizzabile ai fini dell'aggiudicazione esclusivamente quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

- l'indicazione dei meccanismi di razionalizzazione e semplificazione delle forme di partenariato pubblico-privato;

- l'introduzione il divieto di proroga dei contratti di concessione ad eccezione di quelli regolati da principi europei in materia di affidamento in house;

- la razionalizzazione la disciplina delle modalità di affidamento dei contratti da parte dei concessionari (art. 1, co. 2, l. 21 giugno 2022, n. 78).

⁸ G.U. n. 77 del 31 marzo 2023 – Suppl. Ord. n. 12.

destinato ad operare sia come criterio prioritario di bilanciamento con altri principi nell'individuazione della regola del caso concreto, sia come criterio interpretativo, unitamente al principio della fiducia (art. 2), delle singole disposizioni, come evidenziato dal Consiglio di Stato nella Relazione illustrativa al Codice⁹ (si veda infra, §3.1.1.).

Di particolare interesse è l'innovativa disciplina della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici (Parte II, Libro I), integralmente dedicata ai profili attinenti alla completa transizione digitale dell'attività delle P.P.A.A., imposta non solo dalla normativa eurounitaria di settore, ma anche dal PNRR che chiedeva di «definire le modalità per digitalizzare le procedure per tutti gli appalti pubblici e concessioni e definire le modalità per digitalizzare le procedure per tutti gli appalti e concessioni e definire i requisiti di interoperabilità e interconnettività» (M1C1-70), per una maggiore celebrità, semplificazione e trasparenza.

La digitalizzazione ricomprenderà l'insieme di tutte le attività che si susseguono dalla programmazione alla definizione del fabbisogno, dalla strutturazione e gestione delle gare alla completa esecuzione della commessa pubblica. Tra gli strumenti realizzativi della digitalizzazione si ricorda l'«ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale» (art. 22) i cui pilastri sono la Banca dati nazionale dei contratti pubblici (art. 23), il FVOE – Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico (art. 24) gestiti dall'ANAC, nonché le piattaforme telematiche di approvvigionamento. Di notevole rilevanza anche la digitalizzazione integrale in materia di accesso agli atti (art. 36), in linea con lo svolgimento in modalità telematica delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici.

⁹ Consiglio di Stato, «Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante «Delega al Governo in materia di contratti pubblici» - III – Relazione agli articoli e agli allegati Roma, 7 dicembre 2022. Consultabile presso il seguente link: https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/17550825/3_CODICE+CONTRATTI+RELAZIONE.pdf/d3223534-d548-1fdc-4be4-e-9632c641eb8?t=1670933091420. Il D. Lgs. n. 50/2016 non conteneva una parte iniziale dedicata ai principi generali: il suo Titolo I, intitolato «principi generali» si limitava a delineare l'ambito di applicazione del Codice, le competenze legislative tra Stato e Regioni e ad introdurre una serie di definizioni. Il ruolo dei principi nel previgente Codice subiva così una compressione rilevante da parte delle norme puntuali, che finivano per erodere gli ambiti di discrezionalità delle Amministrazioni pubbliche in quanto indotte a considerare i principi come valori astratti a cui doveva rispondere, in via solo tendenziale, la loro azione.

1.1.B. IL NUOVO 'RUP'.

Si innova anche la figura del RUP, acronimo che indicherà adesso il Responsabile Unico del Progetto (art. 15) per le fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione. La novella legislativa prevede che il RUP possa essere nominato tra i dipendenti, assunti anche a tempo determinato, della stazione appaltante o dell'ente concedente purché in possesso dei requisiti stabiliti da un apposito allegato al Codice (All. I.2.) e di competenze professionali adeguate in relazione ai compiti affidatigli, sempre nel rispetto dell'inquadramento contrattuale e delle relative mansioni.

È inoltre previsto che stazioni appaltanti e gli enti concedenti possano individuare modelli organizzativi che prevedano la nomina di un Responsabile di Procedimento per le singole fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e per la fase di affidamento: le relative responsabilità, pertanto, saranno ripartite in base ai compiti svolti in ciascuna fase dalle diverse personalità, ferme restando l'unicità e le funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento del RUP.

In materia di affidamento diretto, l'art. 15, co. 6, prevede che le stazioni appaltanti possano istituire una struttura di supporto al RUP e destinare risorse finanziarie non superiori all'1% dell'importo posto a base di gara per l'affidamento, da parte del RUP, di incarichi di assistenza al medesimo.

Alle Linee Guida ANAC n. 3 («Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni»)¹⁰ per effetto della riforma si va a sostituire l'allegato n. I.2., che, oltre a disciplinare i requisiti per la nomina a RUP, ne specifica i compiti comuni a tutti i contratti e a tutte le fasi (art. 6), quelli specifici per la fase di affidamento (art. 7) e per la fase di esecuzione (art. 8).

Tra le prerogative del RUP comuni a tutti i contratti e a tutte le fasi (art. 6) si ricorda: quella di coordinare il processo di realizzazione dell'intervento pubblico nel rispetto dei tempi, dei costi preventivati, della qualità richiesta, della manutenzione programmata; di decidere in ordine ai sistemi di affidamento di lavori, servizi e forniture, nonché la tipologia di contratto da stipulare, il criterio di aggiudicazione da adottare; di richiedere alle SS.AA. la nomina della commissione giudicatrice nel caso di affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 93 del nuovo Codice.

Tra le prerogative specifiche del RUP per la fase di affidamento (art. 7) si ricorda:

- l'effettuazione della verifica della documentazione amministrativa, qualora non sia nominato un responsabile di fase ex art. 15, co. 4, del Codice o non sia costituito un apposito ufficio o servizio a ciò deputato in base alle disposizioni organizzative della s.a.;
- lo svolgimento della verifica di congruità delle offerte in caso di aggiudicazione con il criterio del minor prezzo; in caso di particolare com-

¹⁰ Approvate dal Consiglio dell'Autorità con deliberazione n. 1096 del 26 ottobre 2016, aggiornate al D. Lgs. n. 56/2017 con deliberazione del Consiglio n. 1007 dell'11 ottobre 2017.

piessità delle valutazioni e della specificità delle competenze necessarie, è prevista la possibilità per il RUP di avvalersi della struttura di supporto istituita ai sensi dell'art. 15, co. 6, del Codice, o di una commissione appositamente nominata;

- lo svolgimento della verifica delle offerte anormalmente basse con l'eventuale supporto di una commissione nominata ai sensi dell'art. 93 del Codice;
- l'adozione del provvedimento di esclusione dalle gare;
- in caso di procedura che prevede quale criterio di selezione dell'offerta quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, lo svolgimento di tutte le attività che non implicino l'esercizio di poteri valutativi spettanti alla commissione aggiudicatrice;
- lo svolgimento della valutazione delle offerte economiche quando il criterio di selezione è quello delle offerte col prezzo più basso;
- l'adozione del provvedimento finale della procedura quando, in base all'ordinamento della s.a., egli abbia il potere di manifestare all'esterno la volontà della P.A.
- ulteriori funzioni per le quali si rimanda all'All. I.2., art. 7.

Infine, tra le prerogative specifiche del RUP in fase di esecuzione del contratto pubblico, si possono annoverare le seguenti:

- impartire al direttore dei lavori, con disposizioni di servizio, le istruzioni occorrenti a garantire la regolarità degli stessi;
- in materia di sicurezza: vigilare insieme al direttore dei lavori o al coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, sul rispetto degli oneri della sicurezza relativi alle prestazioni affidate in subappalto; assumere il ruolo di responsabile dei lavori ai fini del rispetto delle norme sulla sicurezza e salute dei lavoratori sui luoghi di lavoro ed altre;
- autorizzare le modifiche dei contratti di appalto in corso di esecuzione anche su proposta del direttore dei lavori;
- svolgere nei limiti delle proprie competenze professionali anche le funzioni di direttore dell'esecuzione del contratto, che è soggetto diverso dal RUP nei casi espressamente previsti dall'All. I.2., art. 8, co. 3;
- ulteriori attività per le quali si rimanda all'Allegato I.2., art. 8.

Ad ogni modo, l'individuazione dei compiti del RUP è effettuata con il metodo delle elencazioni esemplificative: ogni disposizione contiene una norma di chiusura che apre la possibilità di ulteriori competenze per le singole fasi dell'appalto, dato che il RUP «(...) in ogni caso, svolge tutti i compiti relativi alla fase di affidamento che non siano specificamente attribuiti ad altri organi» (artt. 6, co. 3, 7, co. 2, 8, co. 5, All. I.2.). Come è stato osservato: «È questa la ragione primaria, data la delicatezza dei compiti e delle pesanti responsabilità connesse, per cui è stata concessa la facoltà di nominare responsabili di fase, che possono essere di grande ausilio nella gestione dei molteplici e delicati compiti connessi alla realizzazione dell'intervento pubblico»¹¹.

¹¹ Consiglio di Stato, Rel. III.

1.1.C. L'APPALTO INTEGRATO

In piena armonia col principio del risultato, nell'ottica di comprimere i tempi realizzativi di opere pubbliche, il D. Lgs. n. 36/2023 ha optato per una generalizzazione della possibilità di utilizzo dell'appalto integrato ovvero di quel contratto che abbia per oggetto non solo l'esecuzione dei lavori di realizzazione di un'opera, ma anche la previa progettazione esecutiva ad opera del medesimo operatore economico¹².

Come è noto, nel previgente Codice (art. 59, co. 1, D. Lgs. n. 50/2016) era previsto un divieto generale di appalto integrato che, tuttavia, non trovava applicazione in riferimento ai soli affidamenti a contraente generale, con finanza di progetto, in concessione, in partenariato pubblico-privato, con contratto di disponibilità o locazione finanziaria etc. L'esenzione dal divieto veniva poi estesa, con il D. Lgs. correttivo n. 56/2917¹³, ai casi in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere da realizzare fosse nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo. Successivamente, il divieto di affidare lavori con appalto integrato veniva sospeso, prima, fino al 31 dicembre 2021, poi sino al 30 giugno 2023¹⁴.

Il percorso evolutivo del divieto di appalto integrato è stato eliminato nel nuovo Codice dei contratti pubblici, il quale, all'art. 44¹⁵, lo ammette, invece, in via generale, rimettendo alla stazione appaltante o all'ente concedente, se qualificato, la possibilità di stabilire, nell'ambito della decisione a contrarre, 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, con la precisazione che detta facoltà non è esercitabile dalla stazione appaltante con riferimento agli appalti di manutenzione ordinaria.

1.1.D. LA CLAUSOLA DI REVISIONE PREZZI

Una rilevante novità è quella che ha reso obbligatorio l'inserimento nei documenti di gara della clausola di revisione prezzi: l'art. 60 del nuovo Codice, disciplina la c.d. revisione dei prezzi ovvero la modifica del corrispettivo economico di un contratto pubblico in corso di esecuzione.

Nel previgente sistema normativo, l'art. 106, co. 1, lett. a), D. Lgs. n. 50/2016 consentiva la revisione dei prezzi in un momento successivo alla stipulazione del contratto di appalto solo quando l'Amministrazione avesse, fin dall'inizio, inserito clausole specifiche, precise e inequivocabili in tal senso nella documentazione di gara.

Con il D.L. Sostegni-ter (D.L. 27 gennaio 2022, n. 4)¹⁶, il legislatore, per far

¹² M. Giustiniani, Art. 44. Appalto integrato, in M. Giustiniani – G. Cocozza, P. Fontana, A. Fresca, G. Grechi, A. Logorelli, A. Paccione (con la collaborazione di), Il nuovo codice dei contratti pubblici prima e dopo la riforma, Dike Giuridica, Napoli, aprile 2023.

¹³ Il quale introduceva il comma 1-bis all'art. 59, D. Lgs. n. 50/2016.

¹⁴ Art. 1, co. 1, lett. b), L. n. 55/2019 (come modificata dall'art. 8, co. 7, D.L. n. 76/2020) e, ancora, per effetto del differimento previsto dall'art. 52, co. 1, lett. a), D.L. n. 77/2021.

¹⁵ Art. 44, D. Lgs. n. 36/2023: «1. 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.

2. La stazione appaltante o l'ente concedente motiva la scelta di cui al comma 1 con riferimento alle esigenze tecniche, tenendo sempre conto del rischio di eventuali scostamenti di costo nella fase esecutiva rispetto a quanto contrattualmente previsto.

3. Quando il contratto è affidato ai sensi del comma 1, gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, oppure avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione. La qualificazione per la progettazione comprende anche l'uso di metodi e strumenti digitali per la gestione informativa mediante modellazione.

4. L'offerta è valutata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. L'offerta ha ad oggetto sia il progetto esecutivo che il prezzo, e indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione e per l'esecuzione dei lavori.

fronte alle conseguenze economiche negative derivanti dalle misure di contenimento dell'emergenza sanitaria, aveva imposto alle amministrazioni, in via transitoria e sino al 31 dicembre 2023, di inserire delle clausole di revisione del prezzo nella lex specialis delle gare d'appalto. Tale scelta legislativa veniva poi riprodotta nei criteri direttivi della legge delega per l'emanazione del nuovo Codice (art. 1, co. 2, lett. g), L. n. 78/2022).

In attuazione della delega, l'art. 60, co. 1, ha reso obbligatorio l'inserimento nei documenti di gara della clausola di revisione prezzi, stabilizzando così la scelta legislativa emergenziale. Allo stesso tempo, però, al comma 2 è stato previsto che, affinché sia in concreto attivabile il meccanismo di revisione, vi siano all'origine delle variazioni dei prezzi «particolari condizioni di natura oggettiva». Invero, le clausole di revisione:

- 1) si attivano al determinarsi di una nuova variazione del costo d'opera, della fornitura o del servizio, in aumento o diminuzione, superiore al 5% dell'importo complessivo,
- 2) operano in misura non eccedente all'80% della variazione stessa, in relazione alle prestazioni da eseguire.

Pertanto, al disotto della soglia del 5%, l'eventuale variazione rientra nella normale alea contrattuale, per la quale l'art. 60 blocca l'operatività di qualsiasi meccanismo revisionale.

Per rendere la disciplina ex art. 60 auto-esecutiva, il legislatore, ai commi 3 e 4, ha fatto riferimento agli indici sintetici elaborati dall'ISTAT e relativi:

- a) al costo di costruzione (per i contratti di lavori);
- b) ai prezzi al consumo, alla produzione dell'industria e dei servizi, nonché alle retribuzioni contrattuali orarie (per i contratti di forniture e servizi).

Il comma conclusivo dell'art. 60 si occupa, infine, del profilo «cruciale (...) per l'effettività del sistema che è quello del finanziamento dei maggiori oneri derivanti dalla revisione»¹⁷: le P.A., pertanto, dovranno utilizzare:

- a) nel limite del 50%, le risorse appositamente accantonate per imprevisti nel quadro economico di ogni intervento, fatte salve le somme relative agli impegni contrattuali già assunti e ad eventuali ulteriori somme a disposizione della stessa stazione appaltante e stanziati annualmente relativamente allo stesso intervento;
- b) le somme derivanti da ribassi d'asta, se non è prevista una diversa destinazione dalle norme vigenti;
- c) le somme disponibili relative ad altri interventi ultimati di competenza della medesima stazione appaltante e per i quali siano stati eseguiti i relativi collaudi o emessi i certificati di regolare esecuzione, nel rispetto delle procedure contabili della spesa e nei limiti della residua spesa autorizzata disponibile¹⁸.

5. L'esecuzione dei lavori può iniziare solo dopo l'approvazione, da parte della stazione appaltante, del progetto esecutivo, il cui esame è condotto ai sensi dell'articolo 42.

6. Nei casi in cui l'operatore economico si avvalga di uno o più soggetti qualificati alla redazione del progetto, la stazione appaltante indica nei documenti di gara le modalità per la corresponsione diretta al progettista degli oneri relativi alla progettazione esecutiva indicati in sede di offerta, al netto del ribasso d'asta, previa approvazione del progetto e previa presentazione dei documenti fiscali del progettista.

¹⁶ G.U.- Serie Generale n.21 del 27 giugno 2022. Il D.L. n. 4/2022 è stato convertito con modificazione con legge 28 marzo 2022, n. 25 (in S.O. n. 13, relativo alla G.U. 28/03/2022, n. 73).

¹⁷ Relazione Illustrativa, Consiglio di Stato, pag. 96.

¹⁸ Marco Giustiniani, Art. 60. Revisione dei prezzi, in *Il nuovo Codice dei contratti pubblici prima e dopo la Riforma*, G. Cocozza, P. Fontana, A. Frasca, G. Grechi, A. Logorelli, A. Paccione (in collaborazione di), Dike Giuridica, Napoli, Aprile 2023.

1.1.E. IL SUBAPPALTO

Come è noto, il subappalto è da sempre istituito controverso e dibattuto: difatti, pur costituendo uno strumento di massima apertura del mercato dell'approvvigionamento pubblicistico a soggetti terzi, estranei alla procedura di gara originaria, in quanto non assegnatari e, tuttavia, esecutori di parti di commesse pubbliche, il subappalto ha anche costituito strumento elusivo delle regole e delle tutele dei lavoratori, nonché possibile fessura ordinamentale di infiltrazione criminale nella realizzazione di opere e servizi affidati da committenze pubbliche.

Conseguentemente, nella formulazione originaria del D. Lgs. n. 50/2016, il legislatore aveva previsto una serie di limiti al ricorso al subappalto e al c.d. subappalto a cascata (subappalto del subappalto), come ad esempio, la soglia percentuale massima di subappalto (massimo il 40% dell'importo del contratto), il divieto generale per i subappaltatori di fare ricorso a loro volta ad altri subappaltatori (c.d. subappalto a cascata o subappalto di subappalto), l'obbligo di indicazione di una terna di subappaltatori nei contratti di appalto e di concessione.

Detti limiti avevano posto dubbi sulla loro incompatibilità con le direttive europee relative alle concessioni (direttiva 2014/23), agli appalti pubblici nei settori ordinari (direttiva 2014/24) e agli appalti pubblici nei settori speciali (direttiva 2014/25), fino ad arrivare alla costituzione in mora dell'Italia ad opera della Commissione UE (da ultima, la lettera di costituzione in mora dello Stato italiano da parte della Commissione UE del 6 aprile 2018-proc. di infrazione a carico dell'Italia n. 2018/2273), dal momento che dette eccessive limitazioni si ponevano in contrasto col divieto di gold planting¹⁹.

Un progressivo allineamento alla disciplina europea era già iniziato con il D.L. n. 76/2020 – innalzando i limiti percentuali al subappalto (dal 40% al 50%).

Il nuovo Codice ha confermato le recenti modifiche al previgente D. Lgs. n. 50/2016, in ordine all'eliminazione dei limiti percentuali al subappalto tramite l'individuazione di una quota massima di prestazioni cedibili dall'appaltatore a terzi, con obbligo dell'appaltatore di indicare, in sede di partecipazione alla gara, una rosa di nominativi di subappaltatori cui affidare le prestazioni oggetto di sub-affidamento.

Pertanto, in estrema sintesi, la riforma in tema di subappalto ha previsto:

- a) la possibilità di procedere al subappalto del subappalto;
- b) la regola generale per cui le prestazioni di un primo subappalto siano a loro volta subappaltabili, salvo che, nei documenti di gara, siano state indicate dalla stazione appaltante come prestazioni non passibili di subappalto a cascata, sulla base di motivate ragioni connesse alla natura e alle caratteristiche delle prestazioni e delle lavorazioni da effettuare, alla necessità di rafforzare il controllo delle attività del cantiere,

¹⁹ Trattasi del divieto per gli Stati Membri di imporre, a carico degli operatori economici, oneri ulteriori rispetto a quelli previsti dalle direttive europee. Detto divieto trova la sua ratio nell'esigenza di garantire il pieno svolgimento della concorrenza all'interno del mercato unico, con le connesse libertà, prima tra tutte quella di stabilimento.

alla tutela, sicurezza, salute dei lavoratori e, infine al rischio di infiltrazioni criminali. In altri termini, si supera un sistema imperniato su un divieto di subappalto di subappalto, affidandosi alla discrezionalità delle stazioni appaltanti;

c) la nullità dell'accordo con cui a terzi sia affidata l'integrale esecuzione delle prestazioni o delle lavorazioni appaltate, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla categoria prevalente (in luogo del complesso delle categorie prevalenti);

d) che non integrano subappalto l'affidamento a lavoratori autonomi e i contratti continuativi di cooperazione, servizio o fornitura preesistenti all'appalto se relativi a prestazioni secondarie, accessorie o sussidiarie.

1.1.E. NOVITÀ NEI CONTRATTI SOTTOSOGLIA

Per un'analisi maggiormente esaustiva delle innovazioni apportate dal nuovo Codice in materia di contratti sotto la soglia di rilevanza eurounitaria si rinvia ai §§3, 4, 4.1., 4.2., e 5 del presente lavoro, specificamente dedicati al tema, limitandoci in questa sede ad evidenziare come il D.Lgs. n. 36/2023 abbia:

- chiarito che la procedura dell'affidamento diretto non è necessariamente procedura competitiva, dal momento che le amministrazioni vi possono ricorrere anche senza un previo confronto di più operatori economici (art. 50, co. 1, lett. a) e b));
- rimodulato il principio di rotazione che andrà ad applicarsi solo all'aggiudicatario uscente e non a coloro i quali abbiano meramente partecipato alla gara (art. 49);
- in generale, previsto una regolamentazione che vuole essere più snella rispetto a quella pregressa, con l'auspicio che effettivamente le procedure di cui all'art. 50, dedicate ai sotto-soglia, consentiranno alle amministrazioni di operare con maggiore celerità ed efficacia.

Al riguardo, tuttavia, va segnalato un problema che potrebbe porsi in termini di celerità: si fa riferimento all'elisione del metodo del sorteggio tra i metodi di individuazione degli operatori economici da invitare a presentare offerte nelle procedure negoziate senza bando. Su questo punto le amministrazioni saranno chiamate ad individuare criteri oggettivi per la selezione di operatori economici da invitare e solo in via residuale a far ricorso al criterio del sorteggio.

FIGURA 1.1 – TIMELINE ENTRATA IN VIGORE E IN EFFICACIA D. LGS. N. 36/2023 ED ALLEGATI

1 aprile 2023

Entrata in vigore del nuovo

**Dal 1 aprile 2023
al 30 giugno 2023**

Abrogazione del D. Lgs. n. 50/2016. In forza della disciplina transitoria, a tutti i procedimenti in corso ai sensi dell'art. 226, comma 2, D. Lgs. n. 36/2023, continua ad applicarsi il D. Lgs. n. 50/2016

1 luglio 2023

Acquistano efficacia le norme del nuovo Codice ad eccezione delle norme indicate nell'art. 225, co. 1 e 2, ovvero: artt. 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 35, 36, 37, comma 4, 81, 83, 84 e 85, 99, 106, comma 3, ultimo periodo 115, comma 5, 119, comma 5, 224, comma 6. Le norme del vecchio codice continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso (art. 226, D. Lgs. n. 36/2023). (vedi tabella 1.3)

1 gennaio 2024

Acquistano efficacia gli artt. 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 35, 36, 37, comma 4, 81, 83, 84 e 85, 99, 106, comma 3, ultimo periodo, 115, comma 5, 119, comma 5, 224, comma 6. (vedi tabella 1.3)

1.2. VIGENZA ED EFFICACIA DEL NUOVO CODICE

In ordine all'applicazione delle disposizioni del nuovo Codice, occorre soffermarsi sulle disposizioni transitorie, di coordinamento e abrogazioni (artt. 224 e ss.), disciplinanti il tempo di entrata in vigore e in efficacia del nuovo Codice, nonché il periodo di transizione tra il previgente D. Lgs. n. 50/2016 e la novelata disciplina.

Ai sensi dell'art. 229, occorre distinguere tra l'entrata in vigore del Codice e dei suoi Allegati, fissata per 1° aprile 2023 (art. 229, co. 1), e l'acquisto di efficacia degli stessi, indicata nel 1° luglio 2023 (art. 229, co. 2).

La scissione tra entrata in vigore ed efficacia del nuovo Codice comporta la necessità di prevedere, nel suddetto periodo transitorio, una ultrattività del precedente quadro normativo rappresentato dal D. Lgs. n. 50/2016, abrogato a decorrere dalla data di acquisto di efficacia del nuovo Codice: tale esigenza è stata colta dagli artt. 224 e 226 del D. Lgs. n. 36/2023, che intervengono nel dettare la disciplina transitoria. Occorre tuttavia menzionare alcune eccezioni espressamente previste dal Legislatore in ordine al regime transitorio, tra le quali:

- quella generale prevista dall'art. 226, co. 2, D. Lgs. n. 36/2023, in base al quale «A decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'art. 229, comma 2, le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016 continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso. (...)»²⁰;
- quella in materia di Collegi Consultivi Tecnici contenuta nell'art. 224, co. 1, D. Lgs. n. 36/2023, in base al quale «Le disposizioni di cui agli articoli da 215 a 219 si applicano anche ai collegi già costituiti ed operanti alla data di entrata in vigore del codice». Pertanto, non è previsto non solo un periodo transitorio ma neanche un rinvio di efficacia al 1° luglio 2023;
- quella che, in base all'art. 225, co. 2, D. Lgs. n. 36/2023, riguarderà un nutrito numero di disposizioni in materia di digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici che acquisteranno efficacia dal gennaio 2024.

Alla luce delle suddette disposizioni, si può così ricostruire una timeline sull'entrata in vigore e in efficacia del D. Lgs. n. 36/2023 (Fig. 1.1).

Ripercorsi brevemente i punti fondamentali della riforma, nonché la cronologia della sua entrata in vigore ed efficacia, possiamo addentrarci nel tema proprio del presente lavoro: i contratti sotto la soglia di rilevanza europea.

²⁰ In base all'art. 226, comma 2, D. Lgs. n. 36/2023, per procedimenti in corso si intendono:

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

TABELLA 1.3 – I PUNTI PRINCIPALI DELLA DISCIPLINA TRANSITORIA

<p>Dal 1° luglio 2023</p>	<ul style="list-style-type: none"> • ai sensi dell'art. 229, co. 2, D. Lgs. n. 36/2023, l'art. 23 D. Lgs. n. 50/2016 continua ad applicarsi ai procedimenti in corso. Per procedimenti in corso si intende le procedure per le quali è stato formalizzato l'incarico di progettazione prima del 1° luglio 2023. Se l'incarico di redazione del progetto di fattibilità tecnico economica è stato formalizzato prima di detta data, la stazione appaltante può procedere all'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione dei lavori sulla base del progetto di fattibilità economica o sulla base di un progetto definitivo redatto ai sensi dell'art. 23, D. Lgs. n. 50/2016; • ai sensi dell'art. 229, co. 2, D. Lgs. n. 36/2023, in luogo dei regolamenti e delle linee guida ANAC adottati in attuazione del D. Lgs. n. 50/2016, laddove non sia stabilito diversamente dal nuovo Codice, si applicano le corrispondenti disposizioni del nuovo Codice e dei suoi allegati.
<p>Fino al 31 dicembre 2023</p>	<ul style="list-style-type: none"> • gli avvisi e bandi sono pubblicati, ai fini della decorrenza degli effetti di legge, nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale dei contratti pubblici, entro il 6° giorno feriale successivo a quello del ricevimento della documentazione da parte dell'Ufficio inserzioni dell'IPZS; • trovano applicazione gli artt. 70, 72, 73, 129, co. 4, D. Lgs. n. 50/2016 e D.M. Infrastrutture e dei trasporti adottato in attuazione dell'art. 73, co. 4, D. Lgs. n. 50/2016; • continuano le pubblicazioni sulla piattaforma del Servizio contratti pubblici del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti di cui all'Allegato B al D. Lgs. n. 33/2013; • in via transitoria, gli artt. 21, co. 7, 29, 40, 41, co. 2bis, 44, 52, 58, 74, 81, 85, 105, co. 7, 111, co. 2bis, 213, commi 8, 9 e 10, 214, co. 6, D. Lgs. n. 50/2016 continuano a trovare applicazione per specifiche attività tra cui: a) redazione e acquisizione atti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione contratti; b) trasmissione dei dati e documenti relativi alle procedure di cui alla lett. a); c) accesso alla documentazione di gara; d) presentazione documento di gara unico europeo; e) presentazione offerte; f) apertura e conservazione fascicolo di gara; g) controllo tecnico, contabile ed amministrativo dei contratti anche in fase di esecuzione e gestione delle garanzie
<p>Dal 1° gennaio 2024</p>	<ul style="list-style-type: none"> • acquistano efficacia gli artt. 27, 81, 83, 84 e 85 D. Lgs. n. 36/2023; • acquistano efficacia gli artt. 19-31, artt. 35, 36, 37, co. 4, 99, 106, co. 3, ultimo periodo, 115, co. 5, 119, co. 5, 224, co. 6; • verrà richiesto il requisito di qualificazione di cui all'art. 4, co. 1, lett. c) e all'art. 6, co. 1, lett. c) dell'Allegato II.4.

CAPITOLO 2

Le soglie eurounitarie



ome è noto, accanto alla distinzione fondamentale tra settori speciali (quelli del gas, energia termica, elettricità, acqua, servizi di trasporto, servizi postali, estrazione di petrolio, carbone e altri combustibili solidi, porti e aeroporti) e settori ordinari (che si ricavano in negativo rispetto ai settori speciali), ve ne è un'altra che percorre trasversalmente tutte le tipologie di appalto pubblico: quella tra appalti "sopra" e "sotto" la soglia di rilevanza eurounitaria.

Ebbene, ferme restando le considerazioni di carattere generale che verranno svolte nel presente paragrafo, l'analisi che verrà condotta nei punti successivi prenderà in considerazione i soli appalti di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari di valore inferiore alla soglia, alla cui disciplina differenziata è dedicata la Parte I, del Libro II, del nuovo Codice, artt. 48-55.

Per capire se un contratto abbia o meno rilevanza eurounitaria occorre prendere le mosse dall'art. 14 del D. Lgs. n. 36/2023, omologo dell'art. 35, D. Lgs. n. 50/2016, che individua alcune soglie di importo variabile, sia in base all'oggetto del contratto che al settore di riferimento (ordinario o speciale), il cui raggiungimento determina l'applicazione integrale delle disposizioni codicistiche che rappresentano il recepimento del diritto dell'Unione europea in materia (direttive n. 2014/23/UE, n. 2014/24/UE e n. 2014/25/UE).

Le procedure che non raggiungano tali soglie rimarranno escluse dall'ambito applicativo della normativa europea richiamata, ma saranno comunque disciplinate dal nuovo Codice, agli artt. 48-55 che prevedono percorsi più snelli di affidamento, potenziando, rispetto al passato, il ricorso all'affidamento diretto, non definibile come procedura di affidamento tout court (vedi § 4.1.).

Prima di dettagliare le soglie che consentono la qualificazione del contratto da aggiudicare come sopra o sotto-soglia, occorre evidenziare che con i Regolamenti Delegati UE/2023/2495 e UE/2023/2496 della Commissione, del 15 novembre 2023, sono state emendate, rispettivamente, la direttiva 2014/24/UE e la direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda le soglie degli appalti pubblici di forniture, servizi e lavori e dei concorsi di progettazione nei settori ordinari e nei settori speciali: dette modifiche entreranno in vigore il 1° gennaio 2024 (per differente importo delle soglie a seguito di dette modifiche confronta fig. 2.1 e fig. 2.2)

Orbene, anche alla luce delle richiamate modifiche, per quel che qui più interessa, le soglie dei contratti pubblici relative ai «settori ordinari» sono disciplinate dal primo comma del richiamato articolo 14.

La prima soglia, di euro 5.538.000, riguarda gli appalti pubblici di lavori e concessioni.

La seconda soglia, di euro 143.000, riguarda gli appalti pubblici di forniture, di servizi e i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle stazioni appaltanti che sono autorità governative centrali indicate nell'allegato I²¹ alla direttiva 2014/24/UE²².

La terza soglia, di euro 221.000, riguarda gli appalti pubblici di forniture, di servizi e i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da stazioni appaltan-

²¹ Le autorità governative centrali richiamate dall'allegato I alla direttiva 2014/24/UE sono: Presidenza del Consiglio dei Ministri Ministero degli Affari Esteri Ministero dell'Interno Ministero della Giustizia e Uffici giudiziari (esclusi i giudici di pace) Ministero della Difesa Ministero dell'Economia e delle Finanze Ministero dello Sviluppo Economico Ministero delle Politiche Agricole, Alimentari e Forestali Ministero dell'Ambiente, Tutela del Territorio e del Mare Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca Ministero per i Beni e le Attività culturali, comprensivo delle sue articolazioni periferiche, CONSIP.

²² Se gli appalti pubblici di forniture sono aggiudicati da stazioni appaltanti operanti nel settore della difesa, la soglia di euro 140.000 si applica solo agli appalti concernenti i prodotti menzionati nell'allegato III alla direttiva 2014/24/UE (art. 14, co. 1, lett. b), ultimo periodo, D. Lgs. n. 36/2023).

²³ La soglia pari ad euro 250.000 trova applicazione anche in riferimento agli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle autorità governative centrali che operano nel settore della difesa, quando concernano i prodotti non menzionati nell'allegato III alla direttiva 2014/24/UE (art. 14, co. 1, lett. c), ultimo periodo. Vedi nota 4).

²⁴ I servizi indicati dall'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE sono individuati con codice cc.dd. CPV e consistono in: servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi; servizi amministrativi, sociali, in materia di istruzione, assistenza sanitaria e cultura; Servizi di sicurezza sociale obbligatoria; servizi di prestazioni sociali; altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative; servizi religiosi; servizi alberghieri e di ristorazione; servizi legali, nella misura in cui non siano esclusi a norma dell'articolo 10, lettera c bis), Direttiva 2014/24/UE; altri servizi amministrativi e delle amministrazioni pubbliche; servizi della pubblica amministrazione

ti sub-centrali²³.

Infine, la quarta soglia, di euro 750.000, riguarda gli appalti di servizi sociali e assimilabili elencati nell'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE²⁴.

Nei «settori speciali» (art. 14, co. 2), in forza del Regolamento delegato 2023/2496, la prima soglia, di euro 5.538.000, riguarda gli appalti di lavori; la seconda soglia, di euro 443.000, riguarda gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione; la terza, di euro 1.000.000, è relativa ai contratti di servizi, di servizi sociali e assimilati elencati nell'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE²⁵.

Ciò posto, se le soglie appena indicate segnano il confine della rilevanza europea dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, occorre arginare la possibilità che le stazioni appaltanti facciano uso, nella determinazione del valore dell'appalto, di formule di calcolo arbitrarie e finalizzate all'elusione dell'applicazione delle disposizioni codicistiche. Pertanto, l'art. 14 fornisce una disciplina puntuale dei metodi di calcolo dell'importo stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture, sostanzialmente riprodotto di quella contenuta nell'art. 35 del vecchio Codice.

In via generale, il calcolo dell'importo stimato di un appalto di lavori, servizi e forniture, che deve essere effettuato al momento dell'invio dell'avviso di indizione gara o del bando di gara o al momento di avvio della procedura di affidamento, se non sia prevista una indizione di gara, è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'imposta sul valore aggiunto, valutato dalla stazione appaltante (art. 14, co. 4 e 7).

Tale calcolo deve tenere conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara, nonché gli eventuali premi o pagamenti per i candidati o gli offerenti previsti dalla stazione appaltante.

Nel caso in cui le stazioni appaltanti o gli enti concedenti siano composti da unità operative distinte, l'art. 14, comma 5, D. Lgs. n. 36/2013, stabilisce che il calcolo dell'importo stimato tenga conto dell'importo totale stimato per tutte le singole unità operative, con la precisazione che se un'unità operativa distinta è responsabile in modo indipendente del proprio appalto o concessione o di determinate categorie di essi, il relativo importo può essere stimato con riferimento all'importo attribuito dall'unità operativa distinta.

In riferimento agli appalti pubblici di lavori, il calcolo dell'importo deve tener conto:

- dell'importo dei lavori stessi;
- dell'importo complessivo stimato di tutte le forniture e servizi messi a disposizione dell'aggiudicatario dalla stazione appaltante, a condizione che siano necessari all'esecuzione dei lavori, con esclusione dell'importo delle forniture o dei servizi non necessari all'esecuzione di uno speci-

forniti alla collettività; Servizi penitenziari, di pubblica sicurezza e di soccorso, nella misura in cui non siano esclusi a norma dell'articolo 10, lettera e bis), direttiva 2014/24/UE; servizi investigativi e di sicurezza; servizi internazionali; servizi postali. In base all'allegato in commento, tali servizi non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva se sono organizzati in quanto servizi non economici di interesse generale, lasciando gli Stati Membri liberi di organizzare la prestazione di servizi sociali obbligatori o di altri servizi in quanto servizi di interesse economico generale o in quanto servizi non economici di interesse generale.

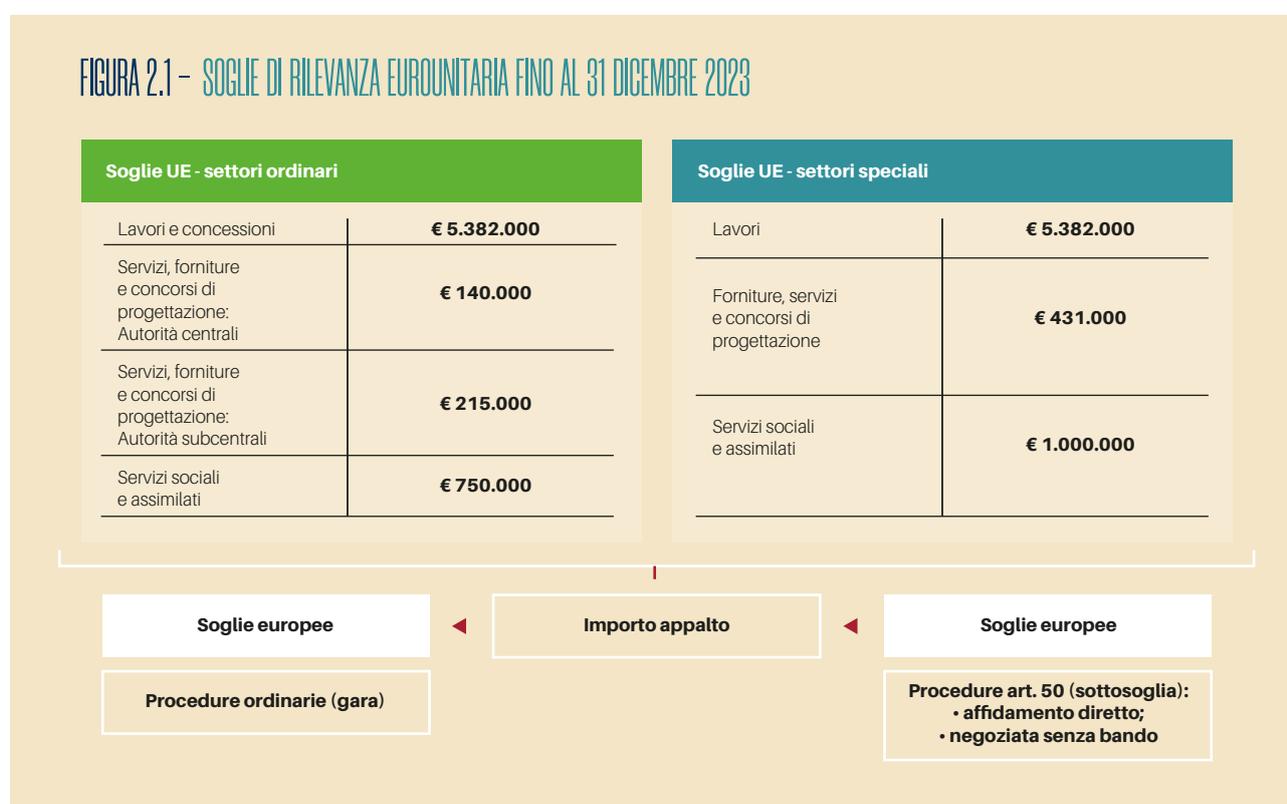
²⁵ Vedi nota 21.

fico appalto di lavori, così da evitare che l'acquisto di tali forniture o servizi sia sottratto all'applicazione delle disposizioni del Codice.

In riferimento agli appalti di servizi, l'importo da porre come base per il calcolo dell'importo stimato dell'appalto varia a seconda del tipo di servizio oggetto di commessa: ad esempio, ai sensi dell'art. 14, co. 14, D. Lgs. n. 36/2023, per i servizi assicurativi l'importo base è quello del premio da pagare e le altre forme di remunerazione; per i servizi bancari e altri servizi finanziari, l'importo base è rappresentato dagli onorari, dalle commissioni da pagare e dalle altre forme di remunerazione²⁶.

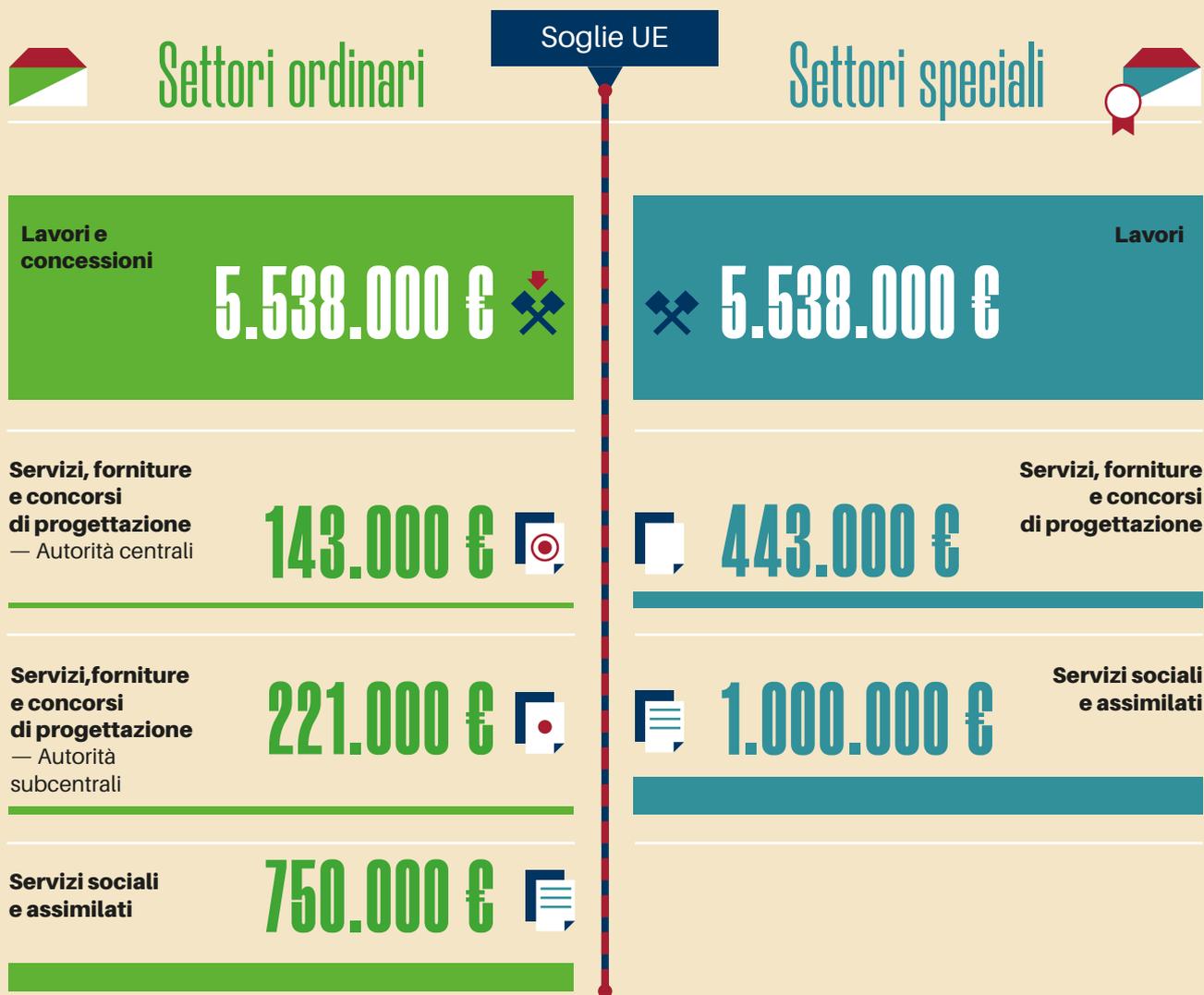
L'istanza antielusiva delle soglie europee, che permea l'intero articolo 14, è colta altresì dal divieto di frazionamento artificioso della commessa da affidarsi (art. 14, co. 6): la stazione appaltante non può frazionare il contratto per evitare l'applicazione delle norme del Codice, salvo il ricorrere di ragioni oggettive che possono giustificare l'operazione di frazionamento. Di seguito (fig. 2.1) vengono esemplificate le informazioni appena fornite con riferimento alle soglie eurounitarie nei settori ordinari e speciali.

FIGURA 2.1 – SOGLIE DI RILEVANZA EUROUNITARIA FINO AL 31 DICEMBRE 2023



²⁶ A completamento di una disciplina, come quella di cui all'art. 14, che in base ad un certo valore determina il regime giuridico applicabile all'appalto, è necessario rammentare come i commi 18-19 siano dedicati ai contratti misti e al regime giuridico ad essi applicabile. I contratti misti sono quei contratti che ricomprendano diverse tipologie di prestazioni (lavori e servizi, lavori e forniture) o prestazioni che solo in parte ricado all'interno dell'applicazione del Codice; pertanto, l'art. 14, commi 18-19, contiene norme di criterio per l'individuazione della disciplina applicabile a tale tipologia di contratti. In particolare, sarà applicabile al contratto misto la disciplina del tipo di appalto il cui oggetto è prevalente, da determinarsi, a sua volta, in base al valore stimato più elevato tra quelli delle prestazioni oggetto dell'appalto e salva la facoltà delle stazioni appaltanti di aggiudicare appalti distinti, con la previsione che tale decisione non può mai essere adottata allo scopo di eludere l'applicazione del Codice.

Figura 2.2 Soglie di rilevanza eurounitaria dal 1° gennaio 2024



CAPITOLO 3

I contratti sotto la soglia
di rilevanza eurounitaria
alla luce del nuovo Codice
dei Contratti Pubblici

a disciplina dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di valore inferiore alle soglie di rilevanza europea è da tempo tema dibattuto tra «chi preferisce la fiducia al sospetto e chi antepone il vincolo della legge alla discrezionalità del potere»²⁷.

Il nuovo Codice, nella Parte I del Libro II, dedica ai contratti sotto la soglia di rilevanza europea un insieme di norme deputate a regolare i punti qualificanti della procedura di affidamento, i principi applicabili, le modalità di individuazione dell'affidatario e gli snodi dei meccanismi di gara, disciplinati in termini difformi rispetto ai contratti sopra-soglia (oltre che alle modalità di individuazione del contraente, le offerte anomale, le garanzie delle offerte, ecc.).

La disciplina dei contratti pubblici in esame è poi completata con le norme di carattere generale, applicabili a tutti gli affidamenti posti in essere dalle stazioni appaltanti, qualora non siano espressamente derogate dagli artt. 48-55, e dalla disciplina contenuta negli allegati al Codice.

La previsione di una parte del Codice dedicata soltanto al sotto-soglia è una significativa innovazione rispetto al precedente D. Lgs. n. 50/2016 (dove le norme proprie del sotto-soglia 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. Tale settore è tradizionalmente di grande importanza e ciò sia dal punto di vista operativo, visto che la stragrande maggioranza degli affidamenti cui procedono le Amministrazioni sono sotto-soglia²⁸, ma anche concettuale, perché le stazioni appaltanti sono dotate di maggiori poteri discrezionali nell'affidamento dei contratti e conseguentemente si pongono maggiori problemi di individuazione delle regole da seguire²⁹.

Si assiste così ad una azione di riordino, votata ad una maggiore semplificazione e chiarezza legislativa e pienamente in linea con i criteri direttivi in tema di appalti sotto-soglia della legge delega, tra i quali: la semplificazione della disciplina applicabile, i principi da osservare, l'individuazione delle ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono avvalersi di automatismi nelle valutazioni delle offerte anomale, la tipizzazione dei casi in cui le amministrazioni possano ricorrere, ai fini dell'aggiudicazione, al solo criterio del prezzo o del costo, con possibilità di escludere, per i contratti che non hanno carattere transfrontaliero, le offerte anomale.

L'asistematicità della previgente disciplina, contrariamente a ciò che si è cercato di realizzare con la riforma della contrattualistica pubblica, appare evidente dal raffronto delle norme dedicate ai contratti sotto-soglia nel vecchio Codice (anche sotto l'operatività delle disposizioni di cui al D.L. n. 76/2020) e nel D. Lgs. n. 36/2023:

²⁷ E. Giardino, «Gli affidamenti sotto soglia», *Giornale Dir. Amm.*, 2023, 3, 345.

²⁸ E come evidenziato dal Consiglio di Stato nella Relazione Illustrativa al nuovo Codice, il settore dei contratti sotto-soglia vale da solo all'incirca l'80% della spesa complessiva per appalti e concessioni.

²⁹ Così il Presidente di Sezione del TAR Toscana, R. Giani, al Convegno organizzato da ANCI Toscana, in collaborazione con l'Università degli Studi di Firenze, «Il nuovo codice dei contratti: impatto e prospettive per la PA» tenutosi presso l'Università di Firenze, Scuola di Giurisprudenza, il 19 maggio 2023.

TABELLA 3.1 – TABELLA DI CORRISPONDENZA

Disciplina previgente	Nuovo Codice
Art. 1, commi da 2 a 5ter, D.L. n. 76/2020 Art. 36, comma 9bis, D. Lgs. n. 50/2016	Art. 50
Art. 77, comma 4, D. Lgs. n. 50/2016	Art. 51
Nessuna corrispondenza	Art. 52
Art. 1, comma 4, D.L. n. 76/2020	Art. 53
Art. 1, comma 3, D.L. n. 76/2020	Art. 54
Art. 32, commi 9-11, D. Lgs. n. 50/2016	Art. 55

Orbene, la Parte I, Libro II, del nuovo Codice si apre con l'art. 48 che rappresenta una disposizione a carattere generale, deputata ad individuare i principi applicabili ai contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza eurounitaria e a codificare gli approdi della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea in riferimento ai contratti sottosoglia di interesse transfrontaliero.

3.1. PRINCIPI APPLICABILI AI CONTRATTI SOTTO SOGLIA

3.1.1. I PRINCIPI COMUNI A TUTTI GLI AFFIDAMENTI CONTEMPLATI DAL CODICE

Contrariamente al D. Lgs. n. 50/2016, il nuovo Codice prevede espressamente, all'art. 48, che l'affidamento e l'esecuzione dei contratti aventi per oggetto lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea debbano conformarsi ai principi codificati nel Libro I, Parte II e III, così rimarcandosi il carattere generale di tali principi, comuni a tutti gli affidamenti, a prescindere dal loro importo (art. 48).

La ratio dell'innovazione appena esposta è quella di evitare la creazione di un ambito di disciplina -relativa ai sotto-soglia- che, sulla base di un mero criterio quantitativo, possa risultare immune da regole e, dunque, sottratto anche ai valori della concorrenza e della partecipazione³⁰.

Tra i richiamati principi comuni, codificati tra i primi articoli del Codice, se ne rileva alcuni già noti, altri, invece, di nuovo conio: si possono ricordare il principio del risultato (art. 1), il principio della fiducia (art. 2), il principio di buona fede e di tutela dell'affidamento (art. 5), il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9), il principio di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione (art. 10).

³⁰ D'altra parte, già con Raccomandazione 1991/561/CEE, la Commissione CE rappresentava l'esigenza di «uniformazione al sopra soglia, con collegati obblighi di trasparenza delle procedure di gara ed adeguata pubblicità nel rispetto dei principi del TCE».

Per risultato si intende l'interesse pubblico sotteso all'affidamento del contratto e alla sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità realizzativa e prezzo dovuto per la realizzazione, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. Il legislatore, recependo i recenti bilanciamenti della giurisprudenza costituzionale³¹, ha espressamente chiarito che, della gara, la concorrenza è il metodo e il risultato è il fine, cosicché l'obiettivo delle procedure di affidamento non è la migliore concorrenza ma la miglior offerta come miglior lavoro, fornitura o servizio alle migliori condizioni che il mercato sappia offrire³²: «la concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti» (art. 1, co. 2)³³.

Il principio di risultato costituisce attuazione, nel settore degli appalti pubblici, dei principi di efficienza, efficacia ed economicità ed è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea. Non solo: il principio di risultato viene eletto quale criterio prioritario che la P.A. deve seguire per l'esercizio del proprio potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto (art. 1, co. 4), divenendo così, per l'Amministrazione, un faro in tutti quei casi in cui l'intreccio di principi, norme di diritto dell'Unione europea, norme di legge ordinaria, atti di regolamentazione e indirizzi della giurisprudenza possa creare un quadro normativo complesso e oscuro. Infine, il principio di risultato assurge altresì a criterio prioritario per valutare:

- la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti;
- attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva.

Evidente, dunque, è l'obiettivo di superare la c.d. paura della firma (o la burocrazia difensiva), fonte di inefficienza ed immobilismo e ostacolo al rilancio economico che richiede un'amministrazione dinamica ed efficiente.

Nell'agire perseguendo il miglior risultato, la P.A. e gli operatori economici devono attenersi al principio della fiducia reciproca: «l'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici» (art. 2, co.1). Pertanto, la reciproca fiducia diviene anch'essa mezzo per il raggiungimento dell'interesse pubblico sotteso all'affidamento ed esecuzione delle commesse pubbliche, favorendo e valorizzando l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio di risultato (art. 2, co. 2).

Poiché l'obiettivo sotteso al principio della fiducia è quello di valorizzare la

³¹ Corte Costituzionale, sentenza n. 131/2020: in materia di rapporti tra tutela della concorrenza, da un lato, e solidarietà/sussidiarietà orizzontale, da un altro, afferma che la concorrenza non è un fine ma uno strumento che può essere sacrificato se ci sono interessi superiori da realizzare. Come osserva il Consiglio di Stato nella Relazione Illustrativa al nuovo Codice, la "demitizzazione" della concorrenza come fine da perseguire ad ogni costo è altresì alla base della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 177, D.Lgs. n. 50/2016, intervenuta con sentenza n. 218/2021, che pure chiarisce che il perseguimento della tutela della concorrenza incontra sempre il limite della ragionevolezza e della necessaria considerazione di tutti gli interessi coinvolti.

³² F. Cintoli, «Per qualche gara i più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica», Rubbettino, 2020.

³³ Il principio di risultato viene poi indicato dal nuovo Codice quale attuazione del principio di buon andamento della P.A., che trova il suo radicamento direttamente in Costituzione, art. 97.

FIGURA 3.1 – IL PRINCIPIO DI RISULTATO ³⁴

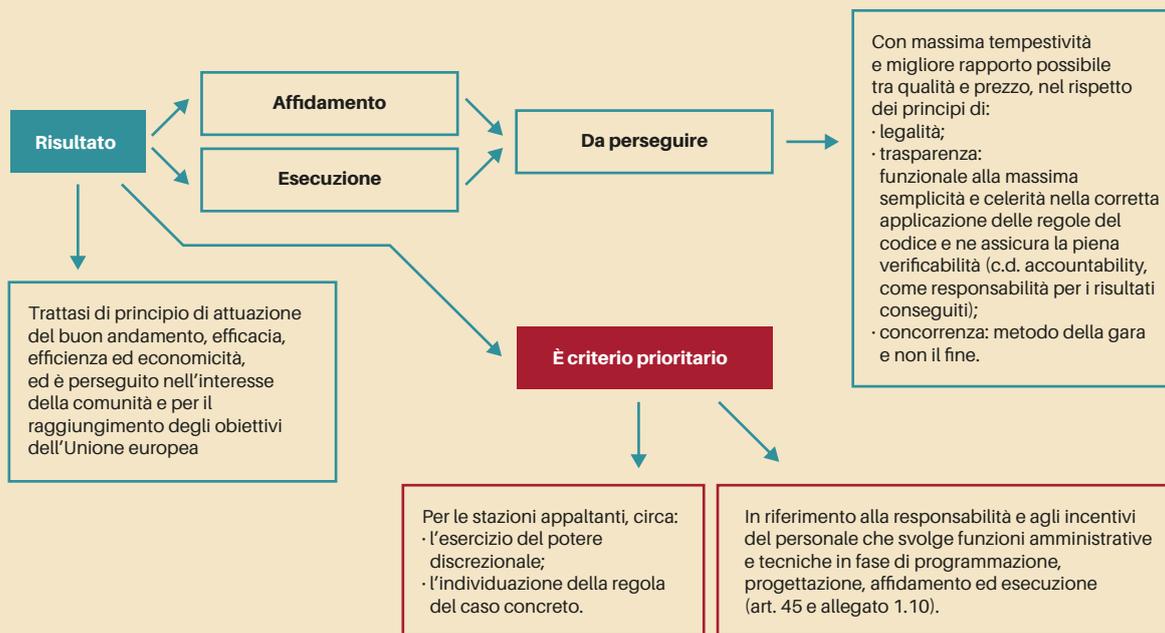
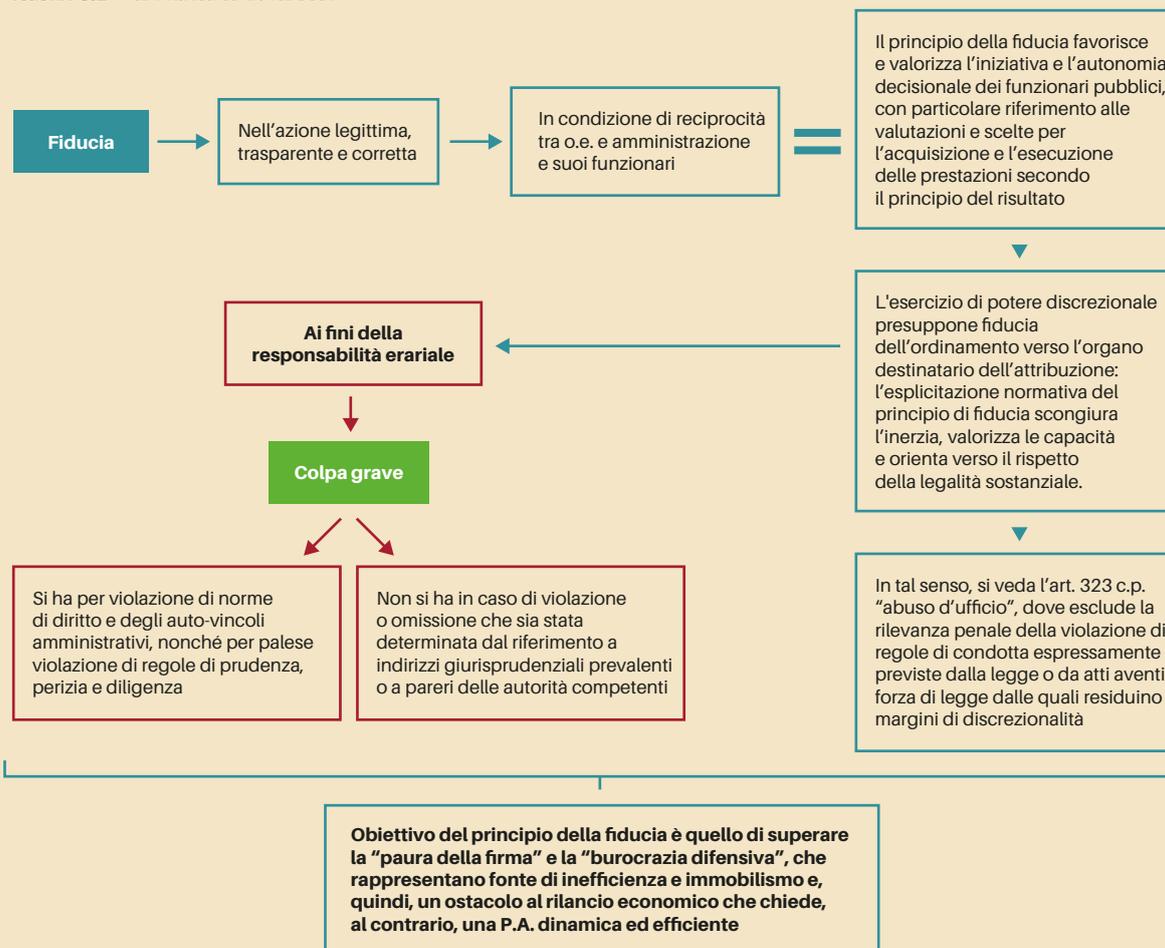


FIGURA 3.2 – IL PRINCIPIO DI FIDUCIA



discrezionalità del dipendente pubblico, l'art. 2, co. 3, in tema di responsabilità erariale precisa che il cono d'ombra della colpa grave è limitato alla violazione delle norme di diritto, degli auto-vincoli, nonché alla palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza, con la precisazione che non costituisce mai colpa grave la violazione o l'omissione che sia stata determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti.

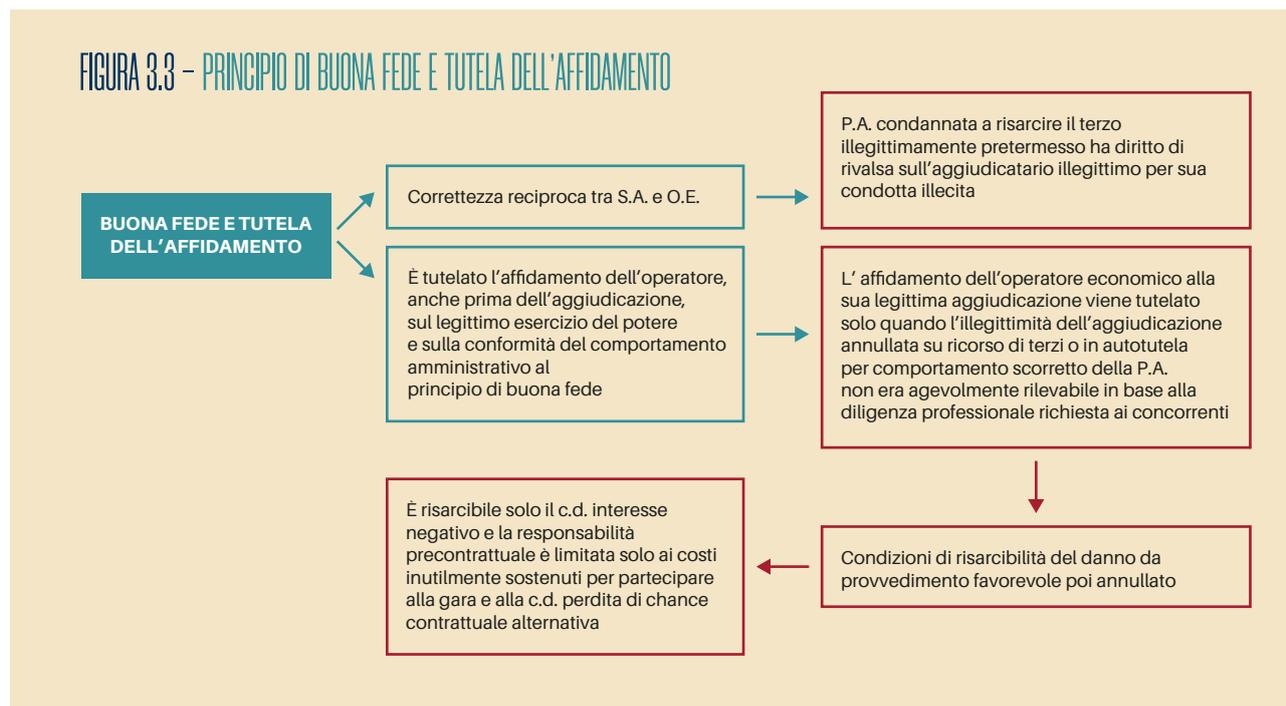
Con l'art. 5, il nuovo Codice ha introdotto una norma specifica sull'obbligo di correttezza delle stazioni appaltanti e degli operatori economici nelle procedure di gara, il quale si giustifica nell'ambito della chiara valenza pre-contrattuale delle procedure di evidenza pubblica. Secondo la recente giurisprudenza amministrativa, la tutela dell'affidamento, corollario dei principi della collaborazione e della buona fede quali obblighi di protezione a carico dell'Amministrazione, «è un principio generale dell'azione amministrativa che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività» (C.d.S., sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5011). Recependo tale definizione ed ampliandone la portata, l'art. 5, co. 2, prevede che, nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede.

Il comma 3 dell'art. 5 si occupa poi delle condizioni di risarcibilità del danno da provvedimento favorevole successivamente annullato, precisando che è da escludere il carattere incolpevole dell'affidamento in caso di illegittimità agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti, conformemente a quanto già veniva rilevato dalla giurisprudenza amministrativa³⁴. Si precisa che il danno risarcibile è quello correlato alle conseguenze negative che la scorrettezza della P.A. ha prodotto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico (c.d. interesse negativo). Infine, quale effetto diretto del dovere di correttezza in capo all'operatore economico, l'art. 5 prevede il diritto di rivalsa della P.A. sull'aggiudicatario illegittimo per sua condotta illecita quando la prima sia stata condannata a risarcire il terzo illegittimamente pretermesso.

³⁴ Il riportato schema, come quelli delle figure nn. 3.1, 3.2, 3.3, 3.4 e 3.5, sono tratti dal documento Anac del 27 aprile 2023, Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36. Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici: Principi generali e principali novità, consultabile presso il seguente link: <https://www.anticorruzione.it/-/nuovo-codice-dei-contratti-pubblici-principi-general-e-novit%C3%A0>

³⁵ Cons. St., Adunanza Plenaria, n. 20/2021.

FIGURA 3.3 – PRINCIPIO DI BUONA FEDE E TUTELA DELL'AFFIDAMENTO



Un'innovazione significativa in tema di principi è l'introduzione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale che costituisce un rimedio legale per la gestione delle sopravvenienze perturbative dell'equilibrio originario delle prestazioni (si pensi alle recenti contingenze quali la pandemia da Covid-19 e l'attuale conflitto bellico russo-ucraino), anche inteso come dequotazione dell'interesse del creditore alla prestazione. In particolare, l'art. 9 sancisce il diritto alla rinegoziazione della parte svantaggiata, cui corrisponde uno speculare obbligo in capo alla controparte³⁶, che ricorre quando:

- vi siano sopravvenienze intese come eventi straordinari e imprevedibili;
- i rischi concretizzati da tali eventi non siano stati volontariamente assunti dalla parte pregiudicata dagli stessi;
- tali eventi abbiano determinato una alterazione dell'originario equilibrio contrattuale e non siano riconducibili alla normale alea contrattuale, ovvero all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato.

³⁶ Art. 9, D. Lgs. n. 36/2023: «1. Se sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali. Gli oneri per la rinegoziazione sono riconosciuti all'esecutore a valere sulle somme a disposizione indicate nel quadro economico dell'intervento, alle voci imprevisti e accantonamenti e, se necessario, anche utilizzando le economie da ribasso d'asta.

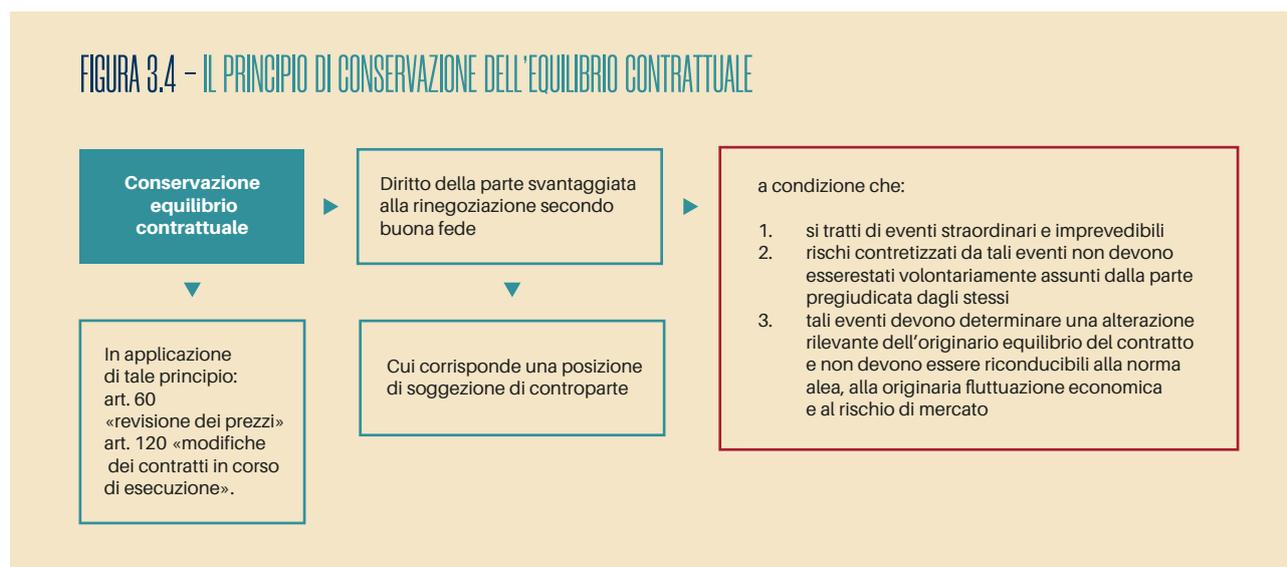
2. Nell'ambito delle risorse individuate al comma 1, la rinegoziazione si limita al ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento, quale risultante dal bando e dal provvedimento di aggiudicazione, senza alterarne la sostanza economica.

3. Se le circostanze sopravvenute di cui al comma 1 rendono la prestazione, in parte o temporaneamente, inutile o inutilizzabile per uno dei contraenti, questi ha diritto a una riduzione proporzionale del corrispettivo, secondo le regole dell'impossibilità parziale.

4. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono l'inserimento nel contratto di clausole di rinegoziazione, dandone pubblicità nel bando o nell'avviso di indizione della gara, specie quando il contratto risulta particolarmente esposto per la sua durata, per il contesto economico di riferimento o per altre circostanze, al rischio delle interferenze da sopravvenienze.

5. In applicazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale si applicano le disposizioni di cui agli articoli 60 e 120».

FIGURA 3.4 – IL PRINCIPIO DI CONSERVAZIONE DELL'EQUILIBRIO CONTRATTUALE



L'art. 10 del Codice, codifica il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui agli artt. 94 e 95, con un duplice risvolto:

- da un lato, indica la preferenza per riordinare e codificare nel testo legislativo tutti i motivi di esclusione, in coerenza con i principi di qualità della regolazione e coerenza sistematica;
- dall'altro, comporta il divieto di introdurre cause di esclusione con fonte regolamentare o con la *lex specialis* del bando di gara.

Unitamente al principio di tassatività, l'art. 10 prevede anche il principio di eterointegrazione dei bandi e delle lettere di invito: ove venga in rilievo un precetto previsto da una norma imperativa che impone un determinato onere ai partecipanti alla gara, la sua violazione non può che determinare l'esclusione, anche laddove il bando di gara abbia ommesso di menzionare la necessità di produrre dichiarazioni o allegazioni a pena di esclusione. «E' necessario, infatti, che i requisiti indicati e previsti dalle norme imperative siano osservati dal contraente a prescindere da una espressa previsione contenuta nel bando di gara, poiché essi hanno la funzione fondamentale di soddisfare l'interesse pubblico a che le prestazioni siano rese da soggetti adeguatamente qualificati»³⁷.

A presidio di dette previsioni, l'art. 10, co. 2, stabilisce la nullità di clausole ulteriori di esclusione che si pongano in contrasto con le cause di esclusione previste dalla legge e con il connesso divieto per le stazioni appaltanti di introdurre clausole di esclusione ulteriori: le clausole nulle si considerano non apposte, sancendosi così la parziarietà della nullità in questione che non si estende all'intero atto.

³⁷ Consiglio di Stato, Relazione Illustrativa al nuovo Codice, pag. 26.

FIGURA 3.5 – IL PRINCIPIO DI TASSATIVITÀ DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE



3.1.1. IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE

A completare il corredo dei principi applicabili ai contratti sotto la soglia di rilevanza eurounitaria, l'art. 49 disciplina il fondamentale principio della rotazione degli affidamenti, che la novella legislativa ha rimodulato rispetto al passato.

Come è noto, detto principio, che da sempre è considerato quale 'contrappeso' alla discrezionalità dell'amministrazione³⁸, era già contemplato nella pregressa disciplina: l'art. 36, co. 1, D. Lgs. n. 50/2016, nell'affidamento e esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie eurounitarie, richiedeva «il rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti», anche per assicurare l'effettiva partecipazione delle microimprese e delle piccole e medie imprese.

Il principio di rotazione, nella vigenza del D. Lgs. n. 50/2016, era stato poi specificato dalle Linee Guida ANAC n. 4 recanti «Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici»³⁹, paragrafi 3.6 e 3.7.

In base alle indicazioni ANAC (§3.6.), il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti trovava applicazione, con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, nei casi in cui i due affidamenti (quello precedente e quello attuale) avessero avuto ad oggetto una commessa rientrante o nello stesso settore merceologico, o nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi. L'applicazione del suddetto principio, così come interpretato nelle Linee Guida n. 4:

³⁸ Cons. St., Sez. V, 24 marzo 2022, n. 2160.

³⁹ Approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016, aggiornate al Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56 con delibera del Consiglio n. 206 del 1° marzo 2018, aggiornate con delibera del Consiglio n. 636 del 10 luglio 2019 al decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito con legge 14 giugno n. 55, limitatamente ai punti 1.5, 2.2, 2.3 e 5.2.6.

- comportava, «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;
- non aveva luogo laddove il nuovo affidamento fosse avvenuto tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal D. Lgs. n. 50/2016 ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operasse alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione;
- poteva variare sulla scorta di apposito regolamento (di contabilità ovvero di specifica disciplina delle procedure di affidamento di appalti di forniture, servizi e lavori) con cui le stazioni appaltanti potevano suddividere gli affidamenti in fasce di valore economico, così che la rotazione trovasse applicazione solo in caso di affidamenti rientranti nella stessa fascia. Il provvedimento di articolazione in fasce doveva prevedere un'effettiva differenziazione tra forniture, servizi e lavori e doveva essere adeguatamente motivato in ordine alla scelta dei valori di riferimento delle fasce; detti valori potevano tener conto, per i lavori, delle soglie previste dal sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori;
- non poteva essere aggirato, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, mediante ricorso a: arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce; ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto; alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici; affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento, ad esempio per la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 80, comma 5, lettera m del Codice dei contratti pubblici.

Ad ogni modo, le Linee Guida ANAC n. 4 precisavano che il rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti faceva sì che l'affidamento o il reinvio al contraente uscente avessero carattere eccezionale e richiedessero un onere motivazionale più stringente, in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative, tenuto altresì conto del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento. La motivazione circa l'affidamento o il reinvio al candidato invitato alla precedente procedura selettiva, e non affidatario, doveva tenere conto dell'aspettativa, desunta da precedenti rapporti contrattuali o da altre ragionevoli circostanze, circa l'affidabilità dell'operatore economico e l'idoneità a fornire prestazioni coerenti con il livello economico e qualitativo atteso. Era comunque possibile derogare al princi-

pio di rotazione per gli affidamenti di importo inferiore a 1.000 euro (§3.7.). Il nuovo art. 49, D. Lgs. n. 36/2023, analogamente alla previgente disciplina e a quanto contenuto nelle Linee Guida ANAC n. 4, impone il rispetto del principio di rotazione già nella fase degli inviti, proprio con lo scopo di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo all'operatore uscente, la cui posizione di vantaggio deriva dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento e non invece dalle modalità di affidamento, di tipo aperto, ristretto o negoziato, soprattutto nei mercati in cui il numero di operatori economici attivi non è elevato⁴⁰.

L'art. 49, co. 2, chiarisce che il principio di rotazione trova applicazione con riguardo all'affidamento immediatamente precedente, nei casi in cui due affidamenti consecutivi abbiano per oggetto il medesimo settore merceologico, o la stessa categoria di opere, o lo stesso settore di servizi (cfr. Linee Guida ANAC n. 4): «In applicazione del principio di rotazione è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore merceologico».

Lo specifico riferimento all'aggiudicazione, non contemplato nel previgente Codice, indica che, nelle procedure negoziate, l'accoglimento del principio di rotazione comporta un espresso divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto nei confronti del solo operatore uscente: dunque, la rotazione si ha solo a carico del soggetto che sia stato aggiudicatario della precedente commessa, non trovando applicazione in riferimento a coloro che erano stati solo invitati alla precedente procedura negoziata, senza conseguire poi l'aggiudicazione.

Tale precisazione segna un'innovazione normativa del nuovo Codice rispetto all'assetto previgente, votata al pieno dispiegamento del favor participationis: le Linee Guida ANAC cit., §3.6., stabilivano invece 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». A tal riguardo, la Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato spiega che col nuovo Codice si è ritenuto di escludere la rotazione a carico del mero invitato, poiché in una tale ipotesi la contrazione del principio concorrenziale non risulterebbe in alcun modo giustificata dalla necessità di contenere asimmetrie informative a carico del precedente aggiudicatario.

L'art. 49, co. 3, conformemente a quanto stabilivano già in precedenza le Linee Guida n. 4, prevede che ai fini della rotazione le stazioni appaltanti possano, con proprio provvedimento, suddividere gli affidamenti in fasce in base al valore economico, con applicazione del principio di rotazione in ri-

⁴⁰ Cons. St., Sez. V, 12 giugno 2019, n. 3943: «Premesso, infatti, che quello in esame è un appalto sotto soglia e che la procedura su cui nello specifico si controverte non è aperta, bensì negoziata, va confermato il principio di carattere generale (C.d.S., V, 5 marzo 2019, n. 1524; V, 13 dicembre 2017, n. 5854 e VI, 31 agosto 2017, n. 4125) in virtù del quale va riconosciuta l'obbligatorietà del principio di rotazione per le gare di lavori, servizi e forniture negli appalti c.d. "sotto soglia". Il principio di rotazione - che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da invitare a presentare le offerte - è finalizzato a evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento e non invece dalle modalità di affidamento, di tipo "aperto", "ristretto" o "negoziato"), soprattutto nei mercati in cui il numero di operatori economici attivi non è elevato. Pertanto, anche al fine di scoraggiare pratiche di affidamenti senza gara - tanto più ove ripetuti nel tempo - che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese e di favorire, per contro, la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio in questione comporta, in linea generale, che ove la procedura prescelta per il nuovo affidamento sia di tipo ristretto o "chiuso" (recte, negoziato), l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale».

ferimento ad ogni singola fascia: in tal caso, il provvedimento di articolazione in fasce è necessario che preveda non solo una effettiva differenziazione tra forniture, servizi e lavori, ma anche i motivi di scelta dei valori di riferimento delle fasce stesse⁴¹.

Inoltre, il comma 4 prevede che, a determinate condizioni debitamente motivate con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto, l'operatore economico uscente possa essere:

- reinvitato alla successiva procedura negoziata, diversamente a quanto stabilivano le Linee Guida ANAC cit. (§3.7.)
- o individuato quale affidatario diretto, conformemente alle citate Linee Guida.

Come sotto la vigenza del precedente Codice, ai fini dell'esposta deroga al principio di rotazione, i requisiti previsti dal comma 4 dell'art. 49 (struttura del mercato, effettiva assenza di alternative, accurata esecuzione del precedente contratto ad opera dell'o.e. uscente) debbono essere considerati concorrenti e non alternativi. Inoltre, trattandosi di disposizione derogatoria, e dunque a carattere eccezionale, essa postula una congrua motivazione in ordine all'esistenza di detti requisiti cumulativi: come osservavano già le Linee guida ANAC n. 4, la motivazione dovrà specificare il grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e costi pattuiti), nonché la competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento⁴².

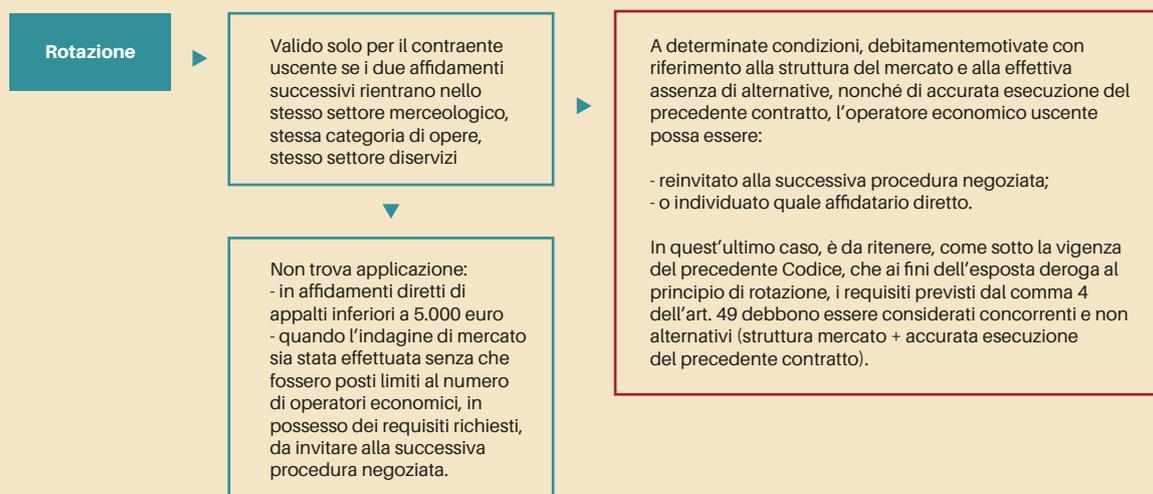
Il principio di rotazione, ai sensi dell'art. 49, co. 5, non trova applicazione quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza che fossero posti limiti al numero di operatori economici da invitare, in possesso dei requisiti richiesti. Tale formulazione recepisce i recenti approdi della giurisprudenza amministrativa che, in riferimento a detta ipotesi, ha osservato come «non ricor[r]a la ratio che caratterizza il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, il quale – in attuazione del principio di concorrenza – ha la finalità di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, la cui posizione di vantaggio nello svolgimento della procedura deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento, che potrebbe consentirgli di formulare una migliore offerta rispetto ai concorrenti, soprattutto nei mercati in cui il numero di operatori economici non è elevato (in tal senso si veda il parere del Consiglio di Stato, Commissione speciale, 12 febbraio 2018, n. 361, sulle «Linee guida» dell'Anac aggiornate sulla base delle disposizioni del d.lgs. n. 56 del 2017)» (Cons. Stato, Sez. V, 24 maggio 2021, n. 3999).

⁴¹ Così ANAC, Linee guida n. 4, §§ 3.6., 6.

⁴² Senza dimenticare l'obbligo di tenere conto dell'aspettativa, desunta da precedenti rapporti contrattuali o da altre irragionevoli circostanze, circa l'affidabilità dell'operatore economico e l'idoneità a fornire prestazioni coerenti con il livello economico e qualitativo atteso (precisato dalle Linee guida ANAC n. 4.

Infine, il comma 6 dell'articolo in commento, ha confermato -estendendo- ne la portata- il regime di deroga già espresso nelle Linee Guida n. 4 laddove prevedevano la possibilità di derogare al principio di rotazione con riferimento ad affidamenti di importo inferiore ad euro 1.000, da indicarsi con sintetica motivazione nella determinazione a contrarre od in atto equivalente (§ 3.7.): difatti, con lo scopo di favorire la semplificazione e la velocizzazione degli affari, la novella legislativa prevede che «E' comunque consentito derogare all'applicazione del principio di rotazione per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro».

FIGURA 3.6 – IL PRINCIPIO DI CONSERVAZIONE DELL'EQUILIBRIO CONTRATTUALE



3.2. I CONTRATTI SOTTO LA SOGLIA DI RILEVANZA EUROUNITARIA CHE PRESENTANO UN INTERESSE TRANSFRONTALIERO CERTO

Come già anticipato, le procedure ordinarie di aggiudicazione, previste dalle direttive eurounitarie e recepite dal legislatore italiano, prima, nel D. Lgs. n. 50/2016, poi, col nuovo Codice dei contratti pubblici, trovano applicazione solo in riferimento ai contratti il cui valore supera la soglia di rilevanza: gli Stati non sono obbligati a rispettare le disposizioni contenute nelle direttive per gli appalti il cui valore non raggiunge la soglia fissata da queste ultime. Ciò, tuttavia, non significa che questi appalti siano del tutto esclusi dall'ambito di applicazione del diritto eurounitario.

Sotto la vigenza del precedente Codice, la Corte di Giustizia evidenziava come, per quanto concerne l'aggiudicazione degli appalti sotto la soglia di rilevanza europea, non soggetti alle procedure ordinarie di matrice europea, le amministrazioni aggiudicatrici fossero tenute a rispettare le norme fondamentali e i principi generali del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e, in particolare, il principio di parità di trattamento e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità⁴³, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, qualora gli appalti in questione rappresentassero un interesse transfrontaliero certo.

Orbene, l'espressa previsione contenuta nell'art. 48, co. 2, del nuovo Codice rappresenta il recepimento della giurisprudenza della Corte di Giustizia, prescrivendo che i contratti sotto-soglia di interesse transfrontaliero certo seguano le procedure ordinarie proprie dei procedimenti sopra-soglia, più idonee ad assicurare il rispetto delle norme fondamentali del Trattato e in particolare i principi di non discriminazione in base alla nazionalità, di trasparenza e pubblicità.

Secondo la nuova normativa, pertanto, il Responsabile Unico di Progetto (il nuovo RUP)⁴⁴, prima di avviare l'istruttoria per l'individuazione della procedura utilizzabile in riferimento al contratto da affidare, dovrà accertare l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo e dovrà optare, senza margini di discrezionalità, per la procedura aperta alla massima concorrenza solo quando ne ravvisi effettivamente l'oggettiva esigenza ovvero il contratto sia di interesse transfrontaliero certo.

È evidente come la previsione si ispiri ad una logica di semplificazione, al fine di non onerare le stazioni appaltanti dell'arduo compito di individuare quale possa essere la disciplina adeguata a tale categoria di contratti.

I criteri di individuazione dell'interesse transfrontaliero, che impone l'applicazione delle procedure ordinarie proprie dei contratti sopra-soglia, sono

⁴³ Corte di Giustizia, ordinanza 3 dicembre 2001, causa C-59/00, § 20 e 21; Corte di Giustizia, sentenza 20 ottobre 2005, causa C-264/03, § 32; Corte di Giustizia, 14 giugno 2007, causa C-6/05, § 33). Ancora: Corte di Giustizia, 15 maggio 2008, C. 147/06: «Occorre rilevare che le procedure specifiche e rigorose previste dalle direttive comunitarie che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici si applicano soltanto ai contratti il cui valore supera la soglia prevista espressamente in ciascuna delle citate direttive (ordinanza 3 dicembre 2001, causa C-59/00, Vestergaard, Racc. pag. I-9505, punto 19). Pertanto, le disposizioni di tali direttive non si applicano agli appalti il cui valore non raggiunge la soglia fissata da queste ultime (v., in tal senso, sentenza 21 febbraio 2008, causa C-412/04, Commissione/Italia, Racc. pag. I-619, punto 65). Ciò non significa tuttavia che questi ultimi appalti siano esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario (ordinanza Vestergaard, cit., punto 19). Infatti, conformemente alla giurisprudenza costante della Corte, per quanto concerne l'aggiudicazione degli appalti che, in considerazione del loro valore, non sono soggetti alle procedure previste dalle norme comunitarie, le amministrazioni aggiudicatrici sono cionondimeno tenute a rispettare le norme fondamentali del Trattato e in particolare il principio di non discriminazione in base alla nazionalità (sentenza Telaustria e Telefonadress, cit., punto 60; ordinanza Vestergaard, cit., punti 20 e 21; sentenze 20 ottobre 2005, causa C-264/03, Commissione/Francia, Racc. pag. I-8831, punto 32, e 14 giugno 2007, causa C-6/05, Medipac-Kazantzidis, Racc. pag. I-4557, punto 33). Tuttavia, in conformità alla giurisprudenza della Corte, l'applicazione delle norme fondamentali e dei principi generali del Trattato alle procedure di aggiudicazione degli appalti di valore inferiore alla soglia di applicazione delle direttive comunitarie presuppone che gli appalti in questione presentino un interesse transfrontaliero certo (v., in tal senso, sentenze 13 novembre 2007, causa C-507/03, Commissione/Irlanda, Racc. pag. I-9777, punto 29, nonché Commissione/Italia, cit., punti 66 e 67)»

dettati dalla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo cui: «per quanto riguarda i criteri oggettivi atti ad indicare l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo (...) potrebbero sostanzialmente, in particolare, nell'importo di una certa consistenza dell'appalto in questione, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori o, ancora, nelle caratteristiche tecniche dell'appalto o nelle caratteristiche specifiche dei prodotti in causa. A tal riguardo, si può altresì tenere conto dell'esistenza di denunce presentate da operatori ubicati in altri Stati membri, purché sia accertato che queste ultime sono reali e non fittizie» (Corte di Giustizia, 6 ottobre 2016, n. 318).

Dunque, un appalto di lavori, ad esempio, può presentare interesse transfrontaliero in ragione del suo valore stimato, in relazione alla propria tecnica o all'ubicazione dei lavori in un luogo idoneo ad attrarre l'interesse di operatori esteri⁴⁵.

FIGURA 3.7 – CONTRATTI SOTTO-SOGLIA DI INTERESSE TRANSFRONTALIERO CERTO (EX ART. 48, CO. 2, D. LGS. N. 36/2023)



⁴⁴ All. I.2., art. 6.

⁴⁵ Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza di Sezione del 11 aprile 2019, Parere sulla bozza di revisione delle Linee Guida ANAC n. 4.

CAPITOLO 4

I contratti sotto-soglia: le procedure di affidamento



ome più volte ribadito, la logica che ha guidato il legislatore della riforma è stata quella della massima semplificazione e efficientamento del sistema pubblico di approvvigionamento e ciò lo si può apprezzare soprattutto nel settore dei contratti sotto-soglia, quota rilevante della totalità di commesse pubbliche affidate ogni anno.

L'art. 50 del nuovo Codice disciplina le procedure di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza eurolimitaria, riprendendo nella sostanza, salvo alcune modifiche lessicali e alcune puntualizzazioni contenutistiche innovative⁴⁶, il D.L. n. 76/2020 (art. 1, co. 2)⁴⁷: in luogo alle tre procedure di affidamento previste nella vigenza del vecchio codice (affidamento diretto, affidamento diretto con tre preventivi, negoziata senza bando) il nuovo Codice ne prevede esclusivamente due, affidamento diretto e procedura negoziata senza bando previa consultazione di 5 o 10 operatori, a seconda dell'oggetto del contratto e dell'importo; procedure che erano già state rodiate con il sistema introdotto, in fase emergenziale, dai D.L. n. 76/2020 e 77/2021 (fig. 4.1 e 4.3).

La previsione di due sole procedure, una delle quali eventualmente carente anche del confronto competitivo (affidamento diretto anche senza la consultazione di più operatori economici – vedi art. 50, lettere a) e b)), sembra sottolineare una certa fiducia dell'ordinamento verso le stazioni appaltanti, affinché affidino i servizi, lavori o forniture necessari ai migliori operatori economici, alle migliori condizioni di mercato con strumenti duttili e permeati da una discrezionalità che dovrà essere esercitata nel rispetto del principio di risultato e fiducia. Si vuole dire che il legislatore ha immaginato la P.A. più pragmatica e meno burocratica e formalistica, al fine di raggiungere, in minor tempo e con maggiore efficienza, il soddisfacimento dell'interesse pubblico.

In particolare, ai sensi dell'art. 50, co. 1, la stazione appaltante procede:

a) per quanto concerne gli appalti di lavori (fig. 4.1):

- con affidamento diretto per appalti di lavori di importo inferiore a 150.000 euro, anche senza consultazione di operatori economici, assicurando che siano scelti operatori economici in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante;
- con procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 euro;
- con procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno dieci operatori economici, ove esistenti, individuati in base ad in-

⁴⁶ Così Cons. St., Rel. III.

⁴⁷ Non si sono ripetute le previsioni relative agli affidamenti diretti nelle aree del cratere sismico, che potranno trovare sede negli allegati al Codice, né quelle relative all'applicazione dei principi, profilo già normato dall'art. 48. Art. 1, co. 2, D.L. n. 76/2020: «Fermo quanto previsto dagli articoli 37 e 38 del decreto legislativo n. 50 del 2016, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture, nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 secondo le seguenti modalità:

a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 139.000 euro. In tali casi la stazione appaltante procede all'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, fermo restando il rispetto dei principi di cui all'articolo 30 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e l'esigenza che siano scelti soggetti in possesso di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento, anche individuati tra coloro che risultano iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante, comunque nel rispetto del principio di rotazione.

b) procedura negoziata, senza bando, di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, 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 139.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016

dagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 e fino alle soglie europee, salva la possibilità di ricorrere alle procedure di scelte del contraente proprie dei contratti sopra-soglia.

In riferimento ad appalti per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di cui all'art. 14, l'art. 50, co. 1, lett. d) prevede che la stazione appaltante, in luogo del ricorso alla procedura negoziata senza bando, possa utilizzare le procedure ordinarie. In sede di approvazione dello schema del nuovo Codice, il Governo ha deciso di espungere dal testo normativo la necessità di una adeguata motivazione in ordine alla scelta di avvalersi delle procedure ordinarie. Tuttavia, si ritiene che un'adeguata motivazione possa costituire una best practice delle stazioni appaltanti, non solo per una maggiore trasparenza, ma anche in considerazione del fatto che le procedure previste per i contratti sotto-soglia non sono facoltative, bensì obbligatorie per le stazioni appaltanti, essendo il ricorso alle procedure ordinarie possibile solo laddove il legislatore lo abbia espressamente previsto, come nel caso appena ricordato.

Quanto sopra, risulta essere confermato dal fatto che l'art. 50, co. 1, lett. d), ultimo alinea, altro non è che la sintesi mediana di due precedenti norme:

- a. l'art. 36, co. 2, D. Lgs. n. 50/2016 che prevedeva l'utilizzo delle procedure ordinarie come facoltà sempre percorribile dalla stazione appaltante (e non infrequentemente percorsa, per il c.d. timore della firma, contravvenendosi così alla logica sottesa alle celeri e semplificate procedure ad hoc previste per i sotto-soglia);
- b. l'art. 1, co. 2, D.L. n. 76/2020 che non contemplava il possibile ricorso alle procedure ordinarie al fine di imporre l'utilizzo di procedure semplificate da cui talvolta le stazioni appaltanti tendevano a sfuggire, in ragione del timore serbato rispetto ai maggiori margini di discrezionalità ad esse offerti con le procedure dei sotto-soglia.

In definitiva, la soluzione intermedia di cui all'art. 50, co. 1, lett. d), nuovo Codice, rappresenta per la P.A. non una libera opzione, ma una possibilità di accesso alle più complesse procedure ordinarie -si ritiene- previa specifica motivazione delle ragioni tecniche che, nel caso concreto ed effettuato il dovuto bilanciamento degli interessi pubblici in gioco, rendono preferibile l'utilizzo del più complesso procedimento ordinario di gara. Detta ricostruzione è confermata dalla Relazione illustrativa del Consiglio di Stato. Per doverosa completezza, occorre segnalare il diverso approccio espresso dalla Circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 20 novembre 2023, n. 298, recante «Procedure per l'affidamento ex art. 50 del d.lgs. n. 36/2023 – Chiarimenti interpretativi in merito alla possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie», pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 23.11.2023.

e di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a un milione di euro, ovvero di almeno dieci operatori per lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016. Le stazioni appaltanti danno evidenza dell'avvio delle procedure negoziate di cui alla presente lettera tramite pubblicazione di un avviso nei rispettivi siti internet istituzionali. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, la cui pubblicazione nel caso di cui alla lettera a) non è obbligatoria per affidamenti inferiori ad euro 40.000, contiene anche l'indicazione dei soggetti invitati».

Con l'intento di fornire alcuni chiarimenti sull'art. 50 del nuovo Codice, il Ministero ritiene che: «Le disposizioni contenute nell'articolo 50 del nuovo Codice Appalti vanno interpretate ed applicate nel solco dei principi e delle regole della normativa di settore dell'Unione europea, che in particolare richiama gli Stati membri a prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di applicare procedure aperte o ristrette, come disposto dalla Direttiva 2014/24/UE». Pertanto, secondo il Ministero, il ricorso alle procedure semplificate contemplate dall'art. 50 del nuovo Codice in riferimento ai contratti sotto-soglia risulta essere una opzione nella possibilità di scelta tra queste e le procedure ordinarie di affidamento.

In particolare, il MIT per asseverare ciò osserva che:

- il nuovo Codice dei contratti ha inteso, in continuità con le semplificazioni introdotte dai DD.LL. nn. 76/2020 e 77/2021, individuare soglie di affidamenti al di sotto delle quali possono essere utilizzate procedure ritenute idonee a soddisfare le esigenze di celerità e semplificazione nella selezione dell'operatore economico, fermi restando i principi fondamentali del Codice;
- le disposizioni di cui all'art. 50 costituiscono applicazione del principio del risultato di cui all'art. 1 del D. Lgs. n. 36/2023 che impone, tra l'altro, alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di perseguire il risultato dell'affidamento del contratto con la massima tempestività;
- al contempo, ai sensi dell'art. 50, viene fatta salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie;
- l'art. 48, comma 1, del nuovo Codice, sulla disciplina comune applicabile ai contratti sotto-soglia, richiama tutti i principi contenuti nella Parte I del Primo Libro del Codice, tra cui rilevano, in particolare, il principio di accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità e il principio della fiducia, che valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici;
- tale richiamo conferma che le procedure dei sotto-soglia saranno interpretate ed applicate tenendo conto, al contempo, del principio del risultato, degli ulteriori principi del Titolo I, Parte I, Primo Libro del Codice e dei principi generali dell'ordinamento attraverso le prassi delle Amministrazioni pubbliche e la giurisprudenza.

Detta ricostruzione, tuttavia, non risulta condivisibile dal momento che: 1) la possibilità di accesso alle procedure ordinarie è contemplata dall'art. 50, ma solo in riferimento agli appalti di lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro e non per tutte le tipologie di sotto-soglia; 2) come già osservato, laddove il legislatore avesse voluto estendere tale possibilità di scelta in riferimento a tutte le procedure sotto-soglia, lo avrebbe espressamente contemplato.

Non può non evidenziarsi come detta Circolare, seppur in linea con le dichiarazioni del Presidente di ANAC⁴⁸, rischia di alimentare proprio quella situazione di incertezza tra le stazioni appaltanti e gli operatori economici, il cui superamento costituisce un obiettivo fondamentale del nuovo codice dei contratti pubblici.

È comunque da sottolineare che il valore delle circolari interpretative è tale da non essere idoneo a vincolare i cittadini, le aziende e i giudici, dovendosi le stesse limitare a fornire indicazioni utili agli uffici preposti sul territorio per l'attuazione delle norme stesse (ex multis: Cass. Civ., SSUU, 02.11.2007, n. 2303, (Cass. Civ., n. 5137/2014; cfr. Cass. Civ., 9 gennaio 2009, n. 237).).

Come stabilito dalla giurisprudenza amministrativa, «la circolare ministeriale, interpretativa di una disposizione di legge, è, in linea di principio, un atto interno finalizzato ad indirizzare uniformemente l'azione degli organi amministrativi, privo di effetti esterni» (Consiglio di Stato, sez. III, 26 ottobre 2016 n. 4478). In ogni caso, «le circolari interpretative non hanno valore normativo né provvedimentale e non assumono carattere vincolante nei confronti delle Amministrazioni destinatarie, che possono, pertanto, seppur motivatamente, disattendere il contenuto» (TAR Palermo, sez. I, 02/05/2023, n.1476).

b) per quanto concerne gli appalti di servizi e forniture (fig. 4.3):

- con affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, di servizi e forniture, compresi i servizi di ingegneria e architettura e attività di progettazione, di importo inferiore a 140.000 euro. Tale modalità deve assicurare che siano scelti operatori economici in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante;
- con procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, 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 europee.

Per ciò che concerne gli appalti sotto-soglia riferibili ai «settori speciali», l'art. 50, co. 5 specifica che:

- le imprese pubbliche che operano nell'ambito degli artt. 146-152 (gas ed energia termica, elettricità, acqua, servizio di trasporto, settore dei porti e degli aeroporti, settore dei servizi postali, Estrazione di gas e prospezione o estrazione di carbone o di altri combustibili solidi) applichino ai con-

⁴⁸ Sul punto si vedano le dichiarazioni del Presidente ANAC Giuseppe Busia: <https://www.anticorruzione.it/-/nuovo-codice-appalti-circolare-interpretativa-del-mit.-bus%CA-marcia-indietro-del-governo-#p0>

tratti sottosoglia la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, se i contratti presentino un interesse transfrontaliero certo, deve essere conforme ai principi del TUE a tutela della concorrenza;

- gli altri soggetti che annoverano tra le loro attività una o più tra quelle previste dagli articoli da 146 a 152 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale deve essere conforme ai predetti principi del Trattato UE.

Pertanto, a detti soggetti, che esercitano in uno dei settori speciali richiamati e che intendano affidare a terzi appalti strumentali allo svolgimento di una delle predette attività, è preclusa la possibilità di utilizzare strumenti di acquisizione più flessibili e semplificati come quelli previsti dai commi 1-3 dell'art. 50, soprariportati.

Occorre poi menzionare il regime semplificato per i bandi e gli avvisi di pre-informazione relativi ai contratti sotto-soglia: l'art. 50, co. 8, stabilisce che si proceda alla loro pubblicazione a livello nazionale con le modalità di cui all'art. 85⁴⁹, con esclusione della trasmissione del bando di gara all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea.

Infine, in ordine alla conclusione delle procedure di affidamento della sottosoglia, vengono richieste misure di pubblicità aggiuntive rispetto ai sopra-soglia: difatti, è prevista la pubblicazione, con le modalità sopra richiamate (art. 50, co. 8), anche dell'avviso dei risultati. Detta previsione trae ispirazione dal D.L. n. 76/2020 (art. 1, co. 2, lett. b)), anche se nella novella legislativa in commento non è stata riprodotta l'esclusione dell'obbligatoria pubblicazione nel caso di affidamenti diretti di importo inferiore a 40.000 euro che il Decreto Legge prevedeva. Ciò, evidentemente, rappresenta il frutto del bilanciamento operato tra l'esigenza di massima semplificazione e la necessità di rendere massima la trasparenza e conoscibilità dell'operato della stazione appaltante, soprattutto in settori dove maggiore è la discrezionalità decisionale.

⁴⁹ Art. 85, D. Lgs. n. 36/2023: «1. I bandi, gli avvisi di pre-informazione e quelli relativi agli appalti aggiudicati sono pubblicati, solo successivamente alla pubblicazione di cui all'articolo 84, sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC e sul sito istituzionale della stazione appaltante o dell'ente concedente. Tuttavia, la pubblicazione può comunque avere luogo qualora la pubblicazione a livello europeo non sia stata notificata entro quarantotto ore dalla conferma della ricezione dell'avviso conformemente all'articolo 84.

2. Gli avvisi e i bandi pubblicati a livello nazionale sul sito istituzionale della stazione appaltante e sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC non contengono informazioni diverse da quelle degli avvisi o bandi trasmessi all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea e menzionano la data della trasmissione all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea o della pubblicazione sul sito istituzionale della stazione appaltante.

3. Gli avvisi di pre-informazione di cui all'articolo 81, comma 1, non sono pubblicati sul sito istituzionale della stazione appaltante prima della trasmissione all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea dell'avviso che ne annuncia la pubblicazione sotto tale forma. Gli avvisi indicano la data di tale trasmissione.

4. I bandi, gli avvisi di pre-informazione e quelli relativi agli appalti aggiudicati sono comunicati alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici, che li pubblica successivamente al ricevimento della conferma di pubblicazione da parte dell'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea o decorso il termine di cui al comma 1. Avvenuta tale pubblicazione, le stazioni appaltanti rendono accessibili i documenti di gara attraverso il collegamento ipertestuale comunicato alla Banca dati stessa, garantendone l'accesso e la disponibilità fino al completamento della procedura di gara e all'esecuzione del contratto. Gli effetti giuridici degli atti oggetto di pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

5. Le pubblicazioni sulla banca dati ANAC e sul sito istituzionale della stazione appaltante avvengono senza oneri. La pubblicazione di informazioni ulteriori, complementari o aggiuntive rispetto a quelle indicate nel codice avviene esclusivamente in via digitale sul sito istituzionale della stazione appaltante»

FIGURA 4.1 – PROCEDURE DI AFFIDAMENTO APPALTI DI LAVORI DI IMPORTO INFERIORI ALLA SOGLIA DI RILEVANZA EUROUNITARIA

Appalti di lavori	
Importo < 150.000 €	Affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici
150.000 € < Importo < 1.000.000 €	Procedura negoziata senza bando, previa consultazione di 5 o. e.
1.000.000 € < Importo < 5.382.000 €	Procedura negoziata senza bando, previa consultazione di 10 o. e.

Salvo che, alla luce del caso concreto, affettuato il dovuto bilanciamento di interessi pubblici in gioco, la s.a. ritenga preferibile l'utilizzo di procedure ordinarie - serve specifica motivazione

FIGURA 4.3 – PROCEDURE RELATIVE AI SOTTO-SOGLIA DI SERVIZI E FORNITURE.

Appalti e servizi	
Importo < 140.000 €	Affidamento diretto
140.000 € < Importo < soglie UE	Negoziata senza bando, previa consultazione di 5 o. e.

FIGURA 4.2 – CONFRONTO AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI SOTTO-SOGLIA NEL PREVIGENTE CODICE, DURANTE IL PERIODO EMERGENZIALE E NEL NUOVO CODICE

D. Lgs. n. 36/2023	Affidamento diretto		Negoziata senza bando, previa consultazione 5 o. e.		Negoziata senza bando, consultazione 10 o. e.	Contratti sopra-soglia, procedure ordinarie
D.L. n. 76/2020	Affidamento diretto		Negoziata senza bando, previa consultazione 5 o. e.		Negoziata senza bando, consultazione 10 o. e.	
D. Lgs. n. 50/2016	Affidamento diretto	Aff. diretto con 3 preventivo	Negoziata senza bando, consultazione 10 o. e.	Negoziata senza bando, consultazione 15 o. e.	Procedura aperta	
	0	40.000€	150.000€	350.000€	1.000.000€	5.382.000€

FIGURA 4.4 – CONFRONTO AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI DI SERVIZI E FORNITURE SOTTO-SOGLIA NEL PREVIGENTE CODICE, DURANTE IL PERIODO EMERGENZIALE E NEL NUOVO CODICE

D. Lgs. n. 36/2023	Affidamento diretto		Negoziata senza bando, 5 o. e.	Contratti sopra-soglia
D.L. n. 76/2020	Affidamento diretto		Negoziata senza bando, 5 o. e.	
D. Lgs. n. 50/2016	Affidamento diretto	Affidamento diretto previa consultazione 5 o. e.		
	0	40.000€	140.000€	Soglia europea

4.1. L'AFFIDAMENTO DIRETTO

L'affidamento diretto è una procedura, semplificata e veloce⁵⁰, mediante la quale la stazione appaltante contratta, anche senza previa consultazione di più operatori, con un unico operatore economico individuato mediante ricorso ad elenchi istituiti presso la stazione appaltante.

L'Allegato I definisce la procedura come «affidamento del contratto senza una procedura di gara, nel quale, anche nel caso di previo interpello di più operatori economici, la scelta è operata discrezionalmente dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, nel rispetto dei criteri quantitativi e qualitativi di cui all'art. 50, comma 1, lettere a) e b), del codice e dei requisiti generali o speciali previsti dal medesimo codice».

La natura dell'affidamento diretto, come emerge chiaramente dalla lettera della novella legislativa e dei suoi allegati, è quello di procedimento non inquadrabile quale 'gara' propria dei sopra-soglia, e ciò anche in attuazione della logica di semplificazione e di celerità nell'affidamento di commesse pubbliche di importo sotto la soglia di rilevanza eurounitaria e di entità individuate, nonché della fiducia che l'ordinamento ripone nelle amministrazioni.

Vista la discrezionalità che caratterizza detta procedura, le stazioni appaltanti dovranno agire nel rispetto dei principi generali, in particolare quelli di risultato e di fiducia, nonché del principio di rotazione.

4.1.1. L'INDIVIDUAZIONE DELL'AFFIDATARIO DIRETTO: GLI ELENCHI COSTITUITI PRESSO LA STAZIONE APPALTANTE E I PRINCIPI DI SCELTA.

L'individuazione dell'affidatario diretto avviene tramite la consultazione di elenchi istituiti presso ogni singola stazione appaltante: la costituzione di detti elenchi avviene mediante regolamento interno delle singole stazioni appaltanti, a seguito di avviso pubblico nel quale è rappresentata la volontà della stazione appaltante di costituire detto elenco da cui possono essere tratti i nomi degli operatori economici ai fini dei futuri affidamenti.

L'avviso, che dovrà essere pubblicato sul sito istituzionale della stazione appaltante e presso la banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC⁵¹, dovrà avere il seguente contenuto:

⁵⁰ Concetto ribadito dalle linee guida dell'Anci – Quaderno ANCI 23 relativo a Affidamenti di lavori, servizi e forniture a seguito del D.L. semplificazioni n. 76/2020 (L.N. 120/2020).

⁵¹ Detti adempimenti servono a garantire la pubblicità e la conoscibilità dell'avviso di costituzione di un elenco di operatori economici (come richiesto dall'art. 3, co. 1, all. II.1.).

TABELLA 4.1 – AVVISO DI COSTITUZIONE ELENCHI

- Requisiti di carattere generale che gli oo.aa. devono possedere;
- Le modalità di selezione degli operatori economici da invitare;
- Categorie e fasce di importo in cui l'amministrazione intende suddividere l'elenco;
- Eventuali requisiti minimi richiesti per l'iscrizione parametrati in ragione di ciascuna categoria o fascia di importo.

Nella costituzione dell'elenco, il relativo regolamento della stazione appaltante dovrà comunque tener conto delle norme inserite nell'all. II.2., volte a regolare la procedura di iscrizione (sino a che non sarà adottato il corrispondente regolamento con decreto del Ministri delle infrastrutture e dei trasporti, previo parere ANAC, che sostituirà integralmente l'allegato cit.):

TABELLA 4.2 – LINEE GUIDA (ALLEGATO II.2.⁵²) PER IL REGOLAMENTO DI ISTITUZIONE DEGLI ELENCHI DI OPERATORI ECONOMICI

- L'iscrizione, che avviene su richiesta dell'interessato, deve essere consentita senza limitazioni temporali;
- Il possesso dei requisiti richiesti per l'iscrizione deve poter essere attestato dall'o.e. tramite dichiarazione sostitutiva ex D.P.R. n. 445/2000;
- Devono essere previste modalità di comunicazione che consentano agli oo.aa. iscritti di informare la stazione appaltante delle variazioni in ordine ai requisiti di cui sopra;
- Ad ogni modo, nella disciplina della procedura di istruttoria della domanda di iscrizione, deve prevedersi che la stazione appaltante proceda alla valutazione delle istanze nel termine di 30 giorni dalla ricezione dell'istanza, con possibilità di prevedere un maggior termine, non superiore a 90 giorni, in funzione della numerosità delle istanze pervenute, fermo restando che il mancato diniego nel termine prescritto equivale ad accoglimento;
- Devono essere previste modalità di revisione dell'elenco, con cadenza prefissata (ad es. semestrale) o al verificarsi di determinati eventi e, comunque, devono essere contemplate modalità di cancellazione degli operatori che abbiano perduto i requisiti necessari o di collocazione in diverse sezioni dell'elenco;
- Può essere previsto che la trasmissione della richiesta di conferma dell'iscrizione e dei requisiti di iscrizione possa avvenire via PEC e, a sua volta, che l'o.e. possa darvi riscontro via PEC.
- Può essere prevista, quale causa di esclusione dall'elenco, la circostanza per cui a seguito di tre inviti nel biennio, l'o.e. non abbia presentato offerta.

A comprova della volontà di semplificazione e a tutela della concorrenza si ascrive l'art. 3, co. 2, All. II.1., che riconduce al silenzio assenso l'inerzia dell'amministrazione allo scadere del termine fissato per la conclusione del procedimento di iscrizione (30 giorni, o 90 salvo casi particolari – tabella 4.4) Per quanto concerne la selezione del contraente sulla base di elenchi, il nuovo Codice:

⁵² Il quale sembra riprodurre quanto già contenuto nelle Linee guida ANAC n. 4.

- non impone alla stazione appaltante di passare da un previo confronto di più operatori economici, potendosi procedere ad affidamento diretto «anche senza consultazione di più operatori economici» ex art. 50, co. 1, lett. a) e b);
- impone di assicurare che siano scelti soggetti, oltre che sulla base di elenchi o albi istituiti presso le stazioni appaltanti, in possesso di documentate esperienze pregresse che, rispetto al passato, è sufficiente siano «idonee» e non «analoghe» (D.L. n. 76/2020) all'esecuzione delle prestazioni contrattuali oggetto di affidamento. Tale scelta legislativa si spiega con l'esigenza di ampliare il margine valutativo della stazione appaltante, che potrà apprezzare attività precedenti dell'operatore economico in ambiti anche non strettamente analoghi all'oggetto della commessa da affidare, ma comunque idonei a garantire la buona riuscita dell'affidamento;
- impone il rispetto del principio di rotazione solo per il contraente uscente, se i due affidamenti successivi rientrano nello stesso settore merceologico o nella stessa categoria di opere o nello stesso settore di servizi, salvo che si tratti di affidamenti diretti di commesse di importo inferiore a 5.000 euro (ut supra, §3.2. – art. 49 del Codice).
- importo inferiore a 5.000 euro (ut supra, §3.2. – art. 49 del Codice).

4.1.2. DALLA DECISIONE A CONTRARRE ALLA STIPULA DEL CONTRATTO.

In base all'art. 17, co.2, come da rinvio al co.1, l'unico atto del procedimento di affidamento diretto è rappresentato dall'atto di affidamento («decisione a contrarre») che dovrà individuare l'oggetto, l'importo e il contraente, unitamente alle ragioni della sua scelta, ai requisiti di carattere generale e, se necessari, a quelli inerenti alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale in riferimento alla specifica commessa da affidare.⁵³

Dalla decisione a contrarre inizia a decorrere il termine di trenta giorni (art. 55, co. 1) entro il quale si deve addivenire alla stipulazione del contratto, a prescindere dall'avvenuto o meno controllo dei requisiti, come invece previsto per i contratti sopra-soglia.

A tal proposito, l'art. 52 della novella legislativa prevede una modalità semplificata di verifica dei requisiti di partecipazione e qualificazioni richiesti in capo agli operatori economici, in riferimento agli affidamenti (diretti) di importo inferiore a 40.000 euro: la finalità è quella di ovviare alle difficoltà correlate ad una verifica sistematica del possesso dei requisiti di partecipazione nell'ipotesi di 'microaffidamenti'. In dette procedure, la stazione appaltante è esonerata dall'obbligo di verifica puntuale dei requisiti dell'affidatario, il quale dovrà attestare, con dichiarazione sostitutiva di atto notorio, la sussistenza

⁵³ Oltre che il nominativo del RUP, ex art. 15, co. 3, D. Lgs. n. 36/2023. In riferimento alla prerogativa del RUP di «assicurare il completamento dell'intervento pubblico nei termini previsti e nel rispetto degli obiettivi connessi al suo incarico, svolgendo tutte le attività indicate dall'allegato I.2., o che siano comunque necessarie ove non di competenza di altri organi», l'art. 15, co. 6 del Codice che prevede la possibilità, per le stazioni appaltanti, di istituire una struttura di supporto al RUP e di destinare risorse finanziarie non superiori all'1% dell'importo posto a base di gara per l'affidamento diretto, da parte del RUP, di incarichi di assistenza al medesimo.

dei requisiti di ordine generale e speciale richiesti dall'affidamento. Fermo restando la facoltà, per la stazione appaltante, di controllare i requisiti in capo al singolo affidatario, l'art. 52 impone, tuttavia, soltanto un controllo a campione e stabilisce che, se a seguito di controllo, emerge il mancato possesso delle qualità, le stazioni appaltanti procederanno obbligatoriamente alla risoluzione del contratto, all'escussione dell'eventuale cauzione definitiva, alla comunicazione ANAC e alla sospensione dell'operatore economico dalla partecipazione a procedure di affidamento di contratti sotto-soglia, indette dalla medesima stazione appaltante, per un periodo da uno a dodici mesi dall'adozione del provvedimento.

In ordine al contratto e alla sua stipulazione, l'art. 55, co. 3, esclude l'applicazione, in tutti gli affidamenti di contratti sotto-soglia, dei termini dilatori sia di natura procedimentale sia processuale (c.d. stand-still), previsti dall'art. 18, commi 3 e 4⁵⁴, dandosi così attuazione al criterio direttivo della legge delega n. 78/2022 volto alla «riduzione e certezza dei tempi relativi alla procedura di gara, alla stipula dei contratti»⁵⁵.

«Si tratta di una scelta che si rivela di certo più ossequiosa delle prerogative dell'amministrazione e delle regole del processo amministrativo. Infatti, postulando il distinguo che separa la funzione giurisdizionale da quella amministrativa, la norma rimarca l'indefettibile titolarità di quest'ultima in capo alla pubblica amministrazione. E del pari, non ascrivendo efficacia preclusiva alla sola presentazione del ricorso, la norma ben si conforma al rito amministrativo, il quale, infatti, nega alla sola proposizione del ricorso la produzione dell'effetto sospensivo dell'efficacia dell'atto amministrativo»⁵⁶

Se la stipula del contratto non avviene nel termine di trenta giorni dalla decisione a contrarre per fatto della stazione appaltante, l'aggiudicatario può farne constatare il silenzio inadempimento o, in alternativa, può sciogliersi da ogni vincolo mediante atto notificato; all'aggiudicatario, tuttavia, non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali. La mancata stipula del contratto entro il suddetto termine per fatto dell'aggiudicatario può costituire motivo di revoca dell'aggiudicazione.

Ad ogni modo, la mancata o tardiva stipula, sia quando dipenda da fatto della stazione appaltante, sia da fatto dell'aggiudicatario, costituisce violazione del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso.

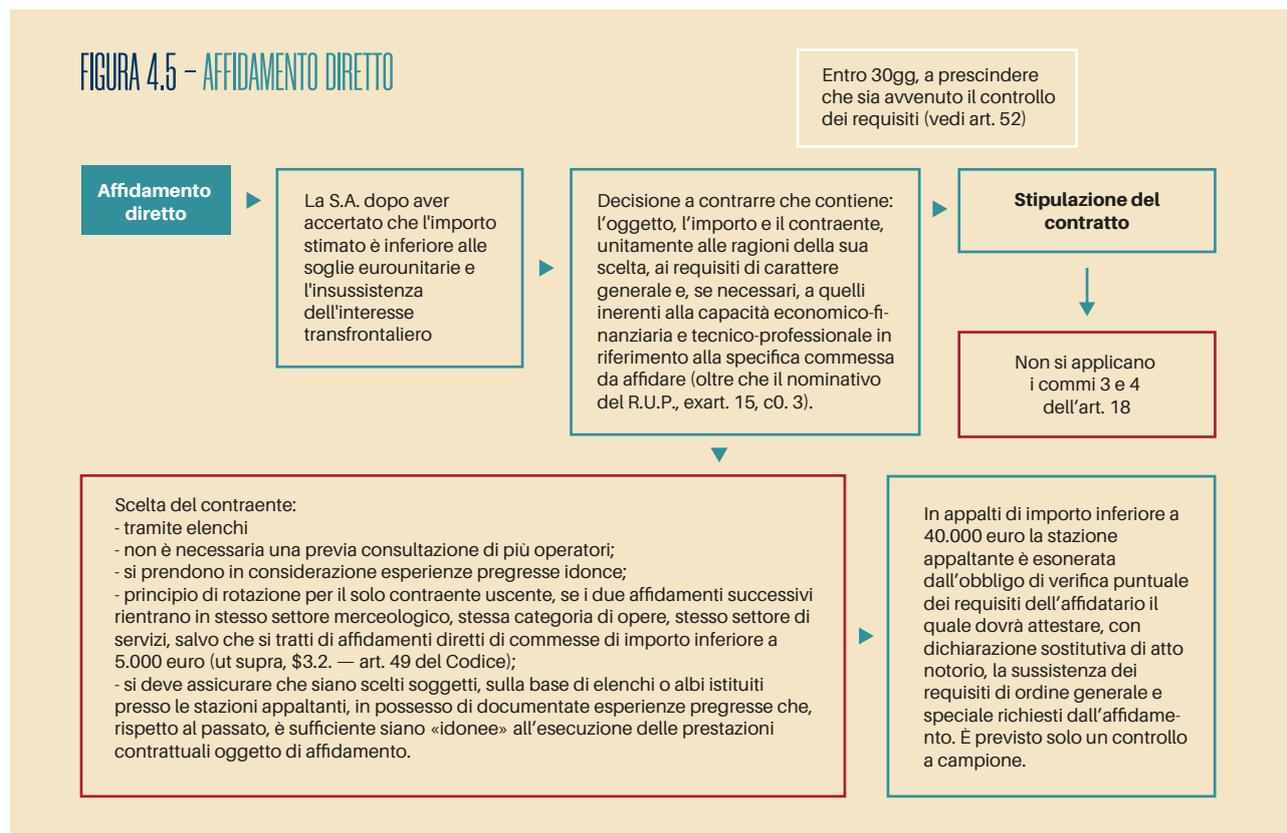
⁵⁴ Art. 18, commi 3 e 4, D. Lgs. n. 36/2023: «3. Il contratto non può essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione. Tale termine dilatorio non si applica nei casi:

- a) di procedura in cui è stata presentata o ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito, o le impugnazioni sono già state respinte con decisione definitiva;
- b) di appalti basati su un accordo quadro;
- c) di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione;
- d) di contratti di importo inferiore alle soglie europee, ai sensi dell'articolo 55, comma 2.

4. Se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante o allente concedente fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare di primo grado o del dispositivo o della sentenza di primo grado, in caso di decisione del merito all'udienza cautelare. L'effetto sospensivo cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 15, comma 4, del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato I al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza pronunciarsi sulle misure cautelari con il consenso delle parti, valevole quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare».

⁵⁵ Sul punto, nella richiamata Relazione Illustrativa, il Consiglio di Stato ha evidenziato: «In questa prospettiva, la norma (insieme alle altre richiamate) costituisce attuazione del principio direttivo contenuto nell'art. 1, comma 2, lett. m), della legge delega, volto alla «riduzione e certezza dei tempi relativi alle

FIGURA 4.5 – AFFIDAMENTO DIRETTO



4.2. LA PROCEDURA NEGOZIATA SENZA BANDO

La procedura negoziata senza bando è una procedura di aggiudicazione in cui la stazione appaltante, consultati gli operatori economici preventivamente invitati a presentare offerta e selezionata la migliore pervenuta, stipula il contratto relativo alla commessa oggetto di appalto.

In estrema sintesi, la procedura di cui trattasi, per l'aggiudicazione dei contratti sotto-soglia, prevede che la stazione appaltante, dopo aver adottato la decisione a contrarre (primo atto del procedimento di aggiudicazione, art. 17), individui almeno 5 o 10 operatori economici a seconda dell'oggetto o del valore dell'appalto e sempre che ve ne siano (fig. 4.1 e 4.3), alla luce delle possedute caratteristiche economico-finanziarie e tecnico-organizzative (art. 76, ult. co.) desunte dal mercato o tramite elenchi di operatori economici e li inviti a presentare un'offerta. Valutate le offerte, l'aggiudicatario sarà colui che ha

procedure di gara, alla stipula dei contratti [...]). Non sembrano profilarsi problemi di compatibilità con il diritto europeo, posto che la direttiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, all'art. 2-bis, prevede che il termine dilatorio con effetto sospensivo si applica agli appalti sopra soglia. Nemmeno sembrano porsi questioni di legittimità costituzionale, sia perché nel processo amministrativo italiano il principio è tradizionalmente quello per cui la proposizione del ricorso non sospende automaticamente l'atto impugnato (e comunque rimangono immutati i poteri cautelari del Giudice amministrativo, anche monocratici), sia perché la differente disciplina prevista, sul punto, per i contratti sopra soglia si giustifica anche in ragione della loro rilevanza sotto il profilo economico». Inoltre, è stato osservato che: «Sul piano sostanziale, così, non opera il limite che, separando, radicalmente, la fase dell'aggiudicazione da quella negoziale, intendeva rafforzare l'effettività della tutela giurisdizionale degli offerenti interessati, ritenendosi che proprio l'assenza di un termine, volto a preservare la tutela processuale della pretesa fatta valere dal ricorrente, agevoli la volontà di rendere irreversibile l'aggiudicazione attraverso la celere conclusione del contratto. E, del pari, nessun limite temporale opera sul piano processuale, la norma rifiutando l'applicazione, ai contratti sotto soglia, di quella efficacia preclusiva derivante da un'iniziativa di parte costituita dalla proposizione del ricorso con contestuale domanda cautelare». E. Giordano, Gli affidamenti sotto soglia, in *Giornale Dir. Amm.*, 2023, 3, 345.

⁵⁶E. Giordano, op. cit. (Cfr. Consiglio di Stato, Rel. III.)

presentato l'offerta migliore in base al criterio scelto dalla stazione appaltante tra quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa o quello del prezzo più basso (eccezion fatta per le ipotesi di cui all'art. 108, co. 2⁵⁷). All'aggiudicazione, entro 30 giorni, segue la stipulazione del contratto.

4.2.1. L'AVVIO DELLA PROCEDURA E SCELTA DEGLI OPERATORI ECONOMICI DA INVITARE

La procedura prende avvio con la determina a contrarre ovvero con atto equivalente secondo l'ordinamento della singola stazione appaltante.

TABELLA 4.3 – CONTENUTO DETERMINA A CONTRARRE

• Indicazione dell'interesse pubblico che si intende soddisfare,
• Caratteristiche dell'opera, dei beni o dei servizi oggetto di appalto,
• Importo massimo stimato dell'affidamento e la relativa copertura contabile,
• Procedura che si intende seguire con una sintetica indicazione delle ragioni della scelta
• Criteri per l'individuazione degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata a seguito di indagini di mercato o della consultazione degli elenchi,
• Criteri per la selezione degli operatori economici e delle offerte, con precisazione del metodo di calcolo della soglia di anomalia (se il criterio di selezione delle offerte è quello del prezzo più basso) scelto tra quelli indicati nell'allegato II.2.)
• Principali condizioni contrattuali.
• Se è richiesta la garanzia provvisoria (vedi infra, §5)

Centrale, in riferimento alle innovazioni apportate dal Codice, è la fase immediatamente successiva alla decisione a contrarre: la selezione degli operatori economici da invitare a presentare un'offerta. La novella legislativa dispone:

1. che la stazione appaltante faccia ricorso ad indagini di mercato o ad elenchi di operatori economici (All. II.1. al Codice), quali metodi alternativi di selezione degli operatori da invitare;
2. che sia rispettato il principio di rotazione nei termini di cui all'art. 49, in base al quale il principio: a) è valido solo per il contraente uscente, se i due affidamenti successivi rientrano nello stesso settore merceologico, o nella stessa categoria di opere o nello stesso settore; b) non trova applicazione nelle negoziate che non costatino dei limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare; c) può essere derogato, e dunque può procedersi al reinvio del contraente uscente

⁵⁷ Art. 108, co. 2, D. Lgs. n. 36/2023: «Sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo:

a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti dall'articolo 2, comma 1, lettera e), dell'allegato I.1;
 b) i 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) i contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a 140.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo;
 d) gli affidamenti in caso di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione;
 e) gli affidamenti di appalto integrato;
 f) i contratti relativi ai lavori caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o con carattere innovativo».

in casi motivati (struttura del mercato ed effettiva assenza di alternative, accurata esecuzione del precedente contratto);

3. un divieto di utilizzo del sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, salvo il caso del ricorrere di situazioni particolari e specificamente motivate in pendenza delle quali non siano praticabili altri metodi di selezione (di cui si dirà meglio infra).

Con particolare riferimento all'indagine di mercato, questa:

- è funzionale a conoscere gli operatori interessati a partecipare alle procedure di selezione per lo specifico affidamento;
- non ingenera affidamento nell'operatore economico. sul successivo invito, trattandosi di un'azione meramente esplorativo-ricognitiva;
- deve essere condotta dalla stazione appaltante con le modalità che ritiene più idonee⁵⁸, secondo i principi di adeguatezza e proporzionalità, tenendo conto, in particolare, dell'esigenza di rispettare il termine massimo, previsto dal Codice, per l'affidamento degli appalti sottosoglia tramite procedura negoziata senza bando.

La stazione appaltante deve assicurare l'opportuna pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato, scegliendo gli strumenti più idonei in ragione della rilevanza del contratto per il settore merceologico di riferimento e della sua contendibilità.

Per tale motivo, la stazione appaltante deve pubblicare, presso il proprio sito istituzionale e sulla Banca dati nazionali dei contratti pubblici dell'ANAC, un avviso di avvio dell'indagine di mercato che dovrà permanere per un periodo minimo di quindici giorni, salva la possibilità di riduzione a non meno di cinque giorni, per motivate ragioni di urgenza.

TABELLA 4.4 – AVVISO DI ESPLORAZIONE DEL MERCATO

(da pubblicarsi presso il sito internet istituzionale s.a. e la banca dati nazionale ANAC per 15 gg o 5 gg in casi di urgenza)

Consente agli operatori economici di presentare la manifestazione d'interesse, pertanto, dovrà contenere (all. II.1.):

- Il valore dell'affidamento
- Gli elementi essenziali del contratto
- I requisiti di idoneità professionale
- I requisiti minimi di capacità economica/finanziaria
- Capacità tecniche e professionali richieste ai fini della partecipazione
- Il numero minimo ed eventualmente massimo di operatori che saranno invitati alla procedura. Se è previsto un numero massimo di operatori che possono essere invitati, l'avviso dovrà indicare anche i criteri che verranno utilizzati nella scelta, che comunque dovranno essere oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di coerenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza, fermo restando il divieto di sorteggio o altri metodi di estrazione casuale dei nominativi se non in presenza di situazioni particolari.
- Le modalità per comunicare con la stazione appaltante

⁵⁸ L'Allegato II.1., prevede che la stazione appaltante possa dotarsi di un regolamento interno che disciplini le modalità di conduzione delle indagini di mercato, eventualmente distinte per fasce di importo, anche in considerazione della necessità di applicare il principio di rotazione nonché i criteri di scelta dei soggetti da invitare a presentare offerta a seguito di indagine di mercato.

Quale metodo alternativo di selezione degli operatori da invitare rispetto all'indagine di mercato, l'art. 50 del Codice individua quello degli elenchi istituiti presso le stazioni appaltanti. Si rinvia a quanto già detto nel paragrafo dedicato all'affidamento diretto (§4.1.1.), precisando che la scelta degli operatori da invitare alla procedura negoziata deve essere effettuata secondo criteri obiettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza.

Ciò che accomuna le due modalità alternative di selezione degli operatori economici da invitare a presentare offerta, è che dal novero dei metodi di individuazione degli invitandi deve essere escluso quello del sorteggio, nonché ogni altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, salvo il ricorrere di casi eccezionali (All. II.1.).

Difatti, l'art. 50, co.2, e l'Allegato II.1. prescrivono che la selezione avvenga secondo criteri coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento: la stazione appaltante dovrà, ad esempio, indagare, tra i possibili operatori economici da invitare, quali di essi presentino certificazioni più elevate oppure quelli che possono svolgere l'opera o il servizio con attrezzatura più idonea.

Appare evidente, e qui emerge la criticità di questo nuovo divieto, come una tale indagine possa rallentare la procedura negoziata senza bando, pensata per essere strumento duttile a servizio delle stazioni appaltanti per l'affidamento dei contratti sotto-soglia, in un contesto di innovata fiducia verso l'amministrazione. Invero, se dall'indagine di mercato o dalla consultazione di elenchi, la stazione appaltante addiuvata ad una rosa di nomi particolarmente nutrita, ciò comporta di fatto l'apertura di una 'pre-gara' quale ulteriore fase dell'affidamento, con appesantimento delle relative tempistiche.

Il legislatore delegato ha, tuttavia, introdotto delle eccezioni al divieto di sorteggio, ben specificate nell'Allegato II.1., artt. 2, co. 3, 3, co. 4, secondo cui: «il sorteggio o altri metodi di estrazione casuale dei nominativi sono consentiti solo in casi eccezionali in cui il ricorso ai criteri di cui al primo periodo [quelli oggettivi] è impossibile o comporta per la stazione appaltante oneri assolutamente incompatibili con il celere svolgimento della procedura».

Ad ogni modo, proprio perché la scelta degli operatori da invitare deve informarsi al principio di coerenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza, dal novero degli operatori da considerare per inviare le lettere di invito a seguito di un'indagine di mercato, dovranno essere espunti quelli che, con la manifestazione di interesse, non abbiano dichiarato il possesso dei requisiti richiesti dalla stazione appaltante, oltre che, in ossequio al principio di rotazione, l'affidatario uscente (eccetto che nelle ipotesi poco sopra richiamate)⁵⁹.

⁵⁹ Così Cons. St., Rel. III.

4.2.2 L'INVITO ALLA PRESENTAZIONE DELLE OFFERTE E I TERMINI DEL PROCEDIMENTO.

Selezionati almeno 5 operatori, ove esistenti (per negoziate senza bando per lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiori a 1.000.000 euro; per negoziate per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e attività di progettazione, di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie europee) o 10 operatori, ove esistenti (per negoziate senza bando per lavori superiori a 1.000.000 euro, fino alle soglie eurounitarie), la stazione appaltante procedere ad inviare le lettere di invito.⁶⁰

Si riportano le informazioni che devono necessariamente essere contenute nelle lettere di invito (tabella 4.5):

TABELLA 4.5 – ALCUNE INFORMAZIONI CONTENUTE NELLE LETTERE DI INVITO (ALL. II.9)

<ul style="list-style-type: none"> • Gli elementi essenziali della prestazione richiesta;
<ul style="list-style-type: none"> • Il termine per la ricezione delle offerte⁶¹, la piattaforma digitale ove è possibile presentare l'offerta e la lingua o le lingue in cui deve essere redatta;
<ul style="list-style-type: none"> • La richiesta all'o.e. invitato di assumere i seguenti impegni: <ul style="list-style-type: none"> a. garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato; b. garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alla 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 di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare; c. garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per persone con disabilità o svantaggiate.
<ul style="list-style-type: none"> • Indicazione dei documenti eventualmente da allegare a sostegno delle dichiarazioni verificabili o ad integrazione delle informazioni fornite dal candidato conformemente agli artt. 91, 102 del Codice e all'allegato II.8.
<ul style="list-style-type: none"> • La ponderazione relativa dei criteri di aggiudicazione dell'appalto;
<ul style="list-style-type: none"> • La clausola di esclusione automatica dell'offerta anomala ex art. 54 nei casi in cui detta clausola possa operare e, eventualmente, anche il metodo di calcolo della soglia di anomalia (si veda infra);

Dall'invio della lettera di invito inizia a decorrere il termine massimo entro cui addivenire all'aggiudicazione⁶², fissato dall'Allegato I.3. (art. 1), che è pari a:

- 3 mesi, se il criterio di scelta delle offerte è quello del prezzo più basso,
- 4 mesi, se il criterio di scelta delle offerte è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa,

eventualmente prorogati, per un massimo di un mese, ove la stazione appaltante debba effettuare la procedura di verifica dell'anomalia⁶³.

⁶⁰ Ai sensi dell'art. 82, D. Lgs. n. 36/2023, la lettera d'invito è documento di gara.

⁶¹ A tal proposito si veda l'art. 92, rubricato «Fissazione dei termini per la presentazione delle domande e delle offerte»: «1. Le stazioni appaltanti, fermi quelli minimi di cui agli articoli 71, 72, 73, 74, 75 e 76, fissano termini per la presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte adeguati alla complessità dell'appalto e al tempo necessario alla preparazione delle offerte, tenendo conto del tempo necessario alla visita dei luoghi, ove indispensabile alla formulazione dell'offerta, e di quello per la consultazione sul posto dei documenti di gara e dei relativi allegati.

2. I termini di cui al comma 1 sono prorogati in misura adeguata e proporzionale:

a) se un operatore economico interessato a partecipare alla procedura di aggiudicazione abbia richiesto in tempo utile informazioni supplementari significative ai fini della preparazione dell'offerta e, per qualsiasi motivo, le abbia ricevute meno di sei giorni prima del termine stabilito per la presentazione delle offerte, o, in caso di procedura accelerata ai sensi degli articoli 71, comma 3, e 72, comma 6, meno di quattro giorni prima;

b) se sono apportate modifiche significative ai documenti di gara;

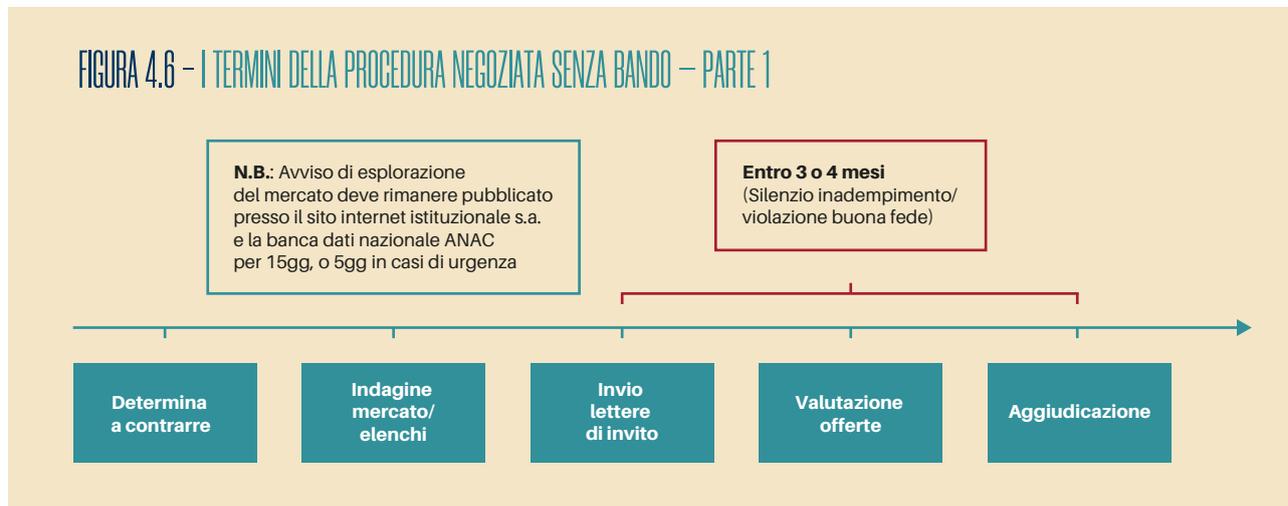
c) nei casi di cui all'articolo 25, comma 2, terzo periodo.

3. In caso di proroga dei termini di presentazione delle offerte è consentito agli operatori economici che hanno già presentato l'offerta di ritirarla ed eventualmente sostituirla.

4. Se nel corso della procedura di aggiudicazione la stazione appaltante richiede a un operatore economico un adempimento per il quale non è previsto un termine, tale termine è di dieci giorni, salvo che sia diversamente disposto dalla stessa stazione appaltante».

Tali termini non possono essere sospesi neanche in pendenza di contenzioso sulla procedura, se non a seguito di provvedimento cautelare del giudice amministrativo e la tardività nell'aggiudicazione costituisce silenzio inadempimento, che rileva anche al fine della verifica del rispetto del dovere di buona fede, pure in pendenza di contenzioso (art. 17, co. 3).

FIGURA 4.6 – I TERMINI DELLA PROCEDURA NEGOZIATA SENZA BANDO – PARTE 1



4.2.3. LE OFFERTE, LA LORO VALUTAZIONE E L'AGGIUDICAZIONE

Ogni operatore economico invitato può presentare una sola offerta, che è vincolante per il periodo di tempo indicato nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione (art. 17).

L'operatore economico per presentare l'offerta dovrà utilizzare la piattaforma di approvvigionamento digitale messa a disposizione dalla stazione appaltante ed indicata nella lettera d'invito e dovrà aver cura di corredarla di tutti i documenti prescritti dall'invito stesso. Nelle offerte tecniche ed economiche, l'operatore economico dovrà dichiarare alla stazione appaltante il prezzo, i costi del personale e quelli aziendali per la sicurezza e le caratteristiche della prestazione ovvero dovrà assumere l'impegno ad eseguire la stessa alle condizioni indicate dalla stazione appaltante e dalla disciplina applicabile, nonché dovrà fornire ogni altra informazione richiesta dalla stazione appaltante nell'invito a presentare offerte⁶⁴.

⁶² Cons. St., Rel. III.: il concetto di conclusione del procedimento, cui applicare i termini dell'allegato I.3., comprende tutti gli adempimenti compresi tra la pubblicazione del bando o dell'invio dell'invito ad offrire e l'individuazione della migliore offerta; i tempi necessari all'espletamento dell'eventuale verifica di anomalia e, all'effettuazione della necessaria verifica sul possesso dei requisiti dichiarati dal concorrente aggiudicatario per partecipare alla procedura, si aggiungono quelli previsti per lo svolgimento delle gare.

In ordine all'affidamento diretto, il legislatore non ha previsto termini massimi di conclusione della procedura, prevedendosi quale unico limite temporale quello dei trenta giorni dalla decisione a contrarre per la stipulazione del contratto.

⁶³ Inoltre, l'all. I.3., punto 5, prevede un'ulteriore ipotesi di proroga: «In presenza di circostanze eccezionali il RUP, con proprio atto motivato, può prorogare i termini suddetti per un massimo di tre mesi. In presenza di ulteriori situazioni imprevedibili di oggettiva difficoltà che rendono non sostenibili i tempi procedurali sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa e della particolare complessità della procedura, certificate dal RUP, quest'ultimo, con proprio atto motivato, può prorogare i termini suddetti per ulteriori tre mesi».

⁶⁴ Art. 91, D. Lgs. n. 36/2023.

Una volta ricevute le offerte, e scaduto il relativo termine di ricevimento⁶⁵, la stazione appaltante selezionerà la migliore in base ad uno due criteri utilizzabili (ex art. 50, co. 4) a scelta della medesima e dichiarata già in sede di determina a contrarre, ovvero:

- il criterio del prezzo più basso,
- il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.⁶⁶

È proprio in questa fase procedurale di valutazione delle offerte che assumono rilevanza gli artt. 51 e 54 del nuovo Codice: il primo, relativo alla composizione della Commissione giudicatrice, ovviamente se il criterio prescelto per l'aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa; il secondo, relativo all'esclusione automatica dell'offerta anomala nel caso di appalti di lavori o servizi sotto-soglia da aggiudicarsi in base al criterio del prezzo più basso.

In ordine alla composizione della Commissione giudicatrice per i sotto-soglia da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'art. 51 prevede la possibilità per il RUP di partecipare alla Commissione giudicatrice, anche in qualità di presidente, così andando a specificare quanto già contenuto nell'art. 93, co. 3, del nuovo Codice: «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 può far parte il RUP».

In ordine all'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse nelle procedure di affidamento col criterio del prezzo più basso, occorre preventivamente evidenziare come il potere di verifica del prezzo offerto (e dunque della sua anomalia) derivi dall'interesse pubblico sotteso all'affidabilità delle offerte: difatti, la verifica è funzionale ad evitare che un eccesso di concorrenza induca i partecipanti alla gara a formulare offerte non remunerative al fine di raggiungere l'aggiudicazione ad ogni costo. Tale condotta non è limitata a produrre effetti negativi soltanto nella sfera dell'operatore economico, ma è destinata ad influenzare la stessa esecuzione del contratto e, dunque, a pregiudicare l'interesse pubblico sotteso all'opera, servizio o bene oggetto di commessa. Da tale assunto, l'esclusione delle offerte che appaiano anormalmente basse.

Ebbene, per le procedure negoziate relative ad appalti di lavori e servizi sotto-soglia da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta col prezzo più basso, l'art. 54 prevede una specifica deroga alla disciplina ordinaria dettata per le offerte anormalmente basse di cui all'art. 110, secondo la quale, se in sede di verifica di congruità dell'offerta, la stazione appaltante constata che la stessa è anormalmente bassa⁶⁷, la stessa richiede per iscritto all'operatore economico le spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti, assegnando a tal fine un termine non superiore a quindici giorni; la stazione appaltante procede ad esclude-

⁶⁵ Alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, nelle procedure di affidamento che vedono quale criterio valutativo delle offerte quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, deve procedersi alla nomina della commissione giudicatrice che su richiesta del RUP svolge anche attività di supporto per la verifica dell'anomalia (art. 93).

⁶⁶ Occorre precisare che qualora la stazione appaltante decida, ai sensi dell'art. 50, co. 1, lett. d), di ricorrere alle procedure ordinarie di scelta del contraente, in tal caso valgono le regole di affidamento del sopra-soglia, anche con riferimento ai criteri di aggiudicazione.

⁶⁷ Tenuto conto anche dei costi della manodopera e degli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale.

re l'offerta se le spiegazioni fornite non giustificano adeguatamente il livello di prezzi o di costi proposti⁶⁸.

Invece, con riferimento alla procedura in esame, la nuova disciplina prevede che: «Nel caso di aggiudicazione, con criterio del prezzo più basso, di contratti di appalto di lavori o servizi di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea che non presentano un interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti, in deroga a quanto previsto dall'art. 110, prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultano anomale, qualora il numero delle offerte ammesse siano pari o superiore a cinque. (...) In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa» (art. 54, co.1).

Le condizioni per poter accedere all'esclusione delle offerte anomale sono:

- 1) il contratto da affidare deve avere ad oggetto lavori o servizi (quindi rimangono escluse le forniture);
- 2) il contratto da affidare non deve presentare un carattere transfrontaliero;
- 3) l'affidando contratto non deve rientrare tra quelli oggetto del procedimento di affidamento diretto (dunque, non deve trattarsi di appalto di: lavori sotto i 150.000 e servizi sotto i 140.000);
- 4) il criterio di aggiudicazione deve essere quello del prezzo più basso;
- 5) l'esclusione automatica deve essere espressamente contemplata dalla lex specialis di gara (id est, dalle lettere di invito), unitamente al metodo per l'individuazione delle offerte anomale, scelto tra quelli descritti nell'Allegato II.2., anche se quest'ultimo, come si esporrà a breve, potrebbe essere selezionato in sede di valutazione delle offerte, tramite sorteggio tra quelli compatibili ai sensi dell'Allegato II.2.;
- 6) il numero delle offerte ammesse dovrà essere pari o superiore a cinque.

Il punto 5), che riporta quanto disciplinato dal comma 2 dell'art. 54, rappresenta la parte più innovativa della disciplina in commento, prevedendo la necessaria menzione negli atti di gara, non solo della clausola di esclusione automatica, ma anche del metodo di computo della soglia di anomalia individuato discrezionalmente dall'amministrazione tra quelli indicati nell'Allegato II.2., salvo il caso in cui la stazione appaltante lo scelga con sorteggio, al momento della valutazione delle offerte.

In quest'ultimo caso, gli unici metodi di determinazione della soglia di anomalia previsti dall'All. II.2. utilizzabili non potranno che essere il "metodo A" e il "metodo B", dal momento che il "metodo C" richiederebbe l'indicazione nell'invito di partecipazione del c.d. sconto di riferimento che rappresenta, anche se solo indicativamente, la soglia di anomalia al netto di una componente casuale dipendente dagli sconti che saranno effettivamente ricevuti.⁶⁹

⁶⁸ oppure se l'offerta è anormalmente bassa in quanto:

a) 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 indicate nell'allegato X alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014;

b) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 119;

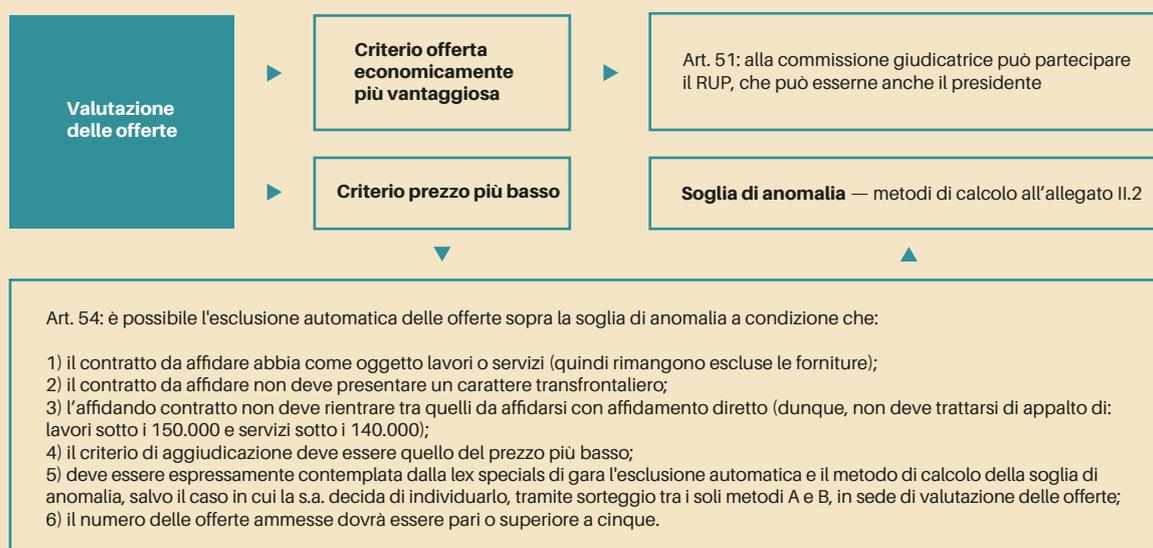
c) sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'articolo 108, comma 9, rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture;

d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 41, comma 13. (art. 110, co. 5).

⁶⁹ M. Giustiniani, art. 54. L'esclusione automatica delle offerte anomale, in M. Giustiniani – G. Cocozza, P. Fontana, A. Fresca, G. Grechi, A. Logorelli, A. Paccione (con la collaborazione di), Il nuovo codice dei contratti pubblici prima e dopo la riforma, Dike Giuridica, Napoli, aprile 2023.

In definitiva, la ratio della previsione poggia, non solo sulla già ricordata evidenza che la concorrenza tra offerte competitive a basso prezzo 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, ma anche sulla necessità di assicurare celerità e semplificazione. Infatti, l'art. 54 limita l'esclusione automatica a fattispecie caratterizzate da un numero di offerte elevato (pari o superiori a 5), proprio perché in dette ipotesi il vaglio dell'anomalia risulta «più lungo e costoso per le stazioni appaltanti in ragione della maggior complessità intrinseca dei contratti».⁷⁰

FIGURA 4.7 – VALUTAZIONE DELLE OFFERTE



⁷⁰ Consiglio di Stato, Rel. Ill., pag. 81.

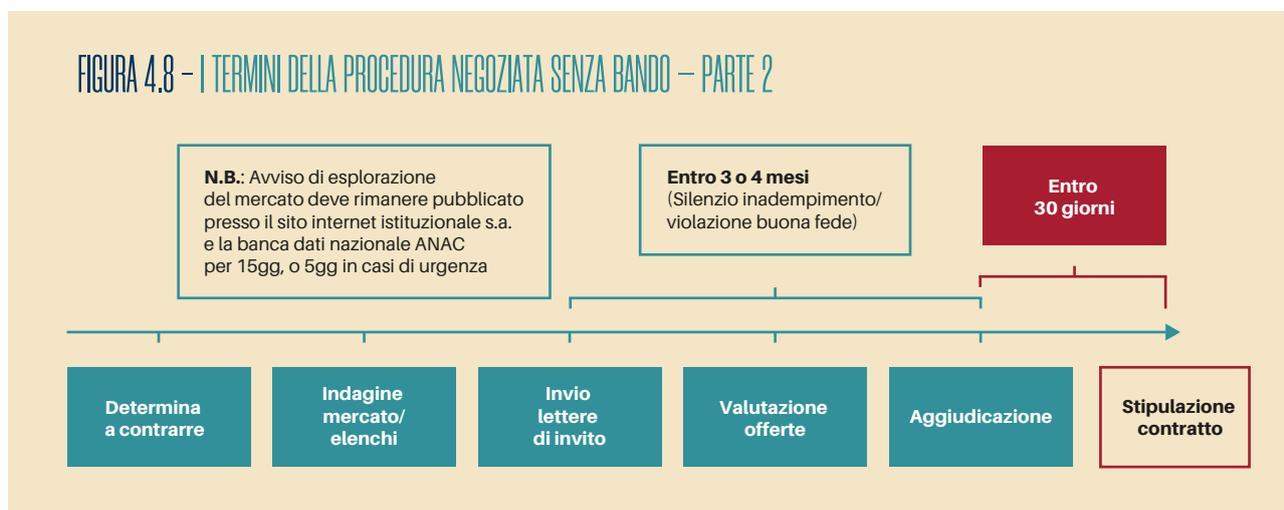
4.2.4. L'AGGIUDICAZIONE E LA STIPULAZIONE DEL CONTRATTO

A questo punto, l'organo preposto alla valutazione delle offerte, all'esito dell'esercizio della sua prerogativa, predispone la proposta di aggiudicazione alla migliore offerta non anomala, la quale verrà esaminata dall'organo competente a disporre l'aggiudicazione. Quest'ultimo, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace. L'aggiudicazione - a norma dell'art. 17, co.6 - non equivale ad accettazione dell'offerta. L'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino al termine stabilito per la stipulazione del contratto che ex art. 55, co.1, deve avvenire entro 30 giorni dall'aggiudicazione. Ai contratti sotto-soglia, non si applicano i termini dilatori previsti dall'art. 18, co. 3 e 4 (c.d. stand-still): tale esclusione è motivata dall'esigenza di ridurre i tempi di definizione degli affidamenti di valore economico contenuto e del conseguente avvio dell'esecuzione.

Se la stipula del contratto non avviene nel termine per fatto imputabile alla stazione appaltante, l'aggiudicatario può farne constatare il silenzio inadempimento o, in alternativa, può sciogliersi da ogni vincolo mediante atto notificato; all'aggiudicatario, tuttavia, non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali. La mancata stipula del contratto entro il suddetto termine per fatto dell'aggiudicatario può costituire motivo di revoca dell'aggiudicazione.

Ad ogni modo, la mancata o tardiva stipula, sia quando dipenda da fatto della stazione appaltante, sia da fatto dell'aggiudicatario, costituisce violazione del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso.

FIGURA 4.8 – I TERMINI DELLA PROCEDURA NEGOZIATA SENZA BANDO – PARTE 2



CAPITOLO 5

Le novità comuni ai contratti
sotto-soglia: le garanzie,
la pubblicità delle procedure
e l'esecuzione del contratto

Il nuovo Codice ha altresì emendato alcuni aspetti dell'esecuzione dei contratti di valore inferiore alle soglie di rilevanza eurounitaria nonché degli oneri connessi all'affidamento della commessa pubblica, con il fine di delineare un complessivo micro-sistema normativo che persegue due principali obiettivi:

- a. quello di ridurre non solo i tempi necessari all'affidamento, ma anche quelli relativi all'esecuzione del contratto;
- b. quello di incoraggiare le piccole e medie imprese a partecipare alle gare d'appalto attraverso la riduzione degli oneri finanziari necessari per prendere parte alla procedura di affidamento della commessa pubblica, nonché alla sua esecuzione.

La prima linea direttiva è stata perseguita dalla novella legislativa con i commi 6 e 7 dell'art. 50.

In particolare, il comma 6 amplia la possibilità di esecuzione anticipata del contratto rispetto a quella legata a situazioni di urgenza ex art. 17, co. 8, D. Lgs. n. 36/2023⁷¹, prevedendo che tutti i contratti sotto-soglia, dopo la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario, possono essere soggetti ad una loro esecuzione anticipata; se ad essa non segue la stipula del contratto, l'aggiudicatario vede salvo il suo diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori e, nel caso di servizi e forniture, per le prestazioni eseguite su ordine del direttore dell'esecuzione. Il comma 7 semplifica la fase esecutiva consentendo alla stazione appaltante di sostituire il certificato di collaudo o di verifica di conformità con il certificato di regolare esecuzione, emesso dal direttore dei lavori, dal RUP o dal direttore dell'esecuzione entro e non oltre tre mesi dall'ultimazione delle prestazioni del contratto.

La seconda linea direttrice è quella che ha informato l'art. 53 del nuovo Codice, rubricato «garanzie a corredo dell'offerta e garanzie definitive».

Per ciò che concerne la garanzia provvisoria, il comma 1 stabilisce che la stazione appaltante:

- non la richieda, nelle procedure di cui all'art. 50, co. 1, diversamente da quanto accade per i contratti sopra-soglia in base all'art. 106 del Codice;
- possa richiederla, con riferimento alle sole procedure negoziate senza bando (art. 50, lettere c), d), e)), «in considerazione della tipologia e specificità della singola procedura» quando «ricorrono 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 equivalente⁷².
- non possa fissare l'importo della garanzia provvisoria in misura maggiore all'1% dell'importo previsto nell'avviso o nell'invito per il contratto oggetto di affidamento⁷³.

⁷¹ Art. 17, co. 8 e 9, D. Lgs. n. 36/2023: «8. Fermo quanto previsto dall'articolo 50, comma 6, l'esecuzione del contratto può essere iniziata, anche prima della stipula, per motivate ragioni. L'esecuzione è sempre iniziata prima della stipula se sussistono le ragioni d'urgenza di cui al comma 9.

9. L'esecuzione d'urgenza è effettuata quando ricorrono eventi oggettivamente imprevedibili, per evitare situazioni di pericolo per persone, animali, cose, per l'igiene e la salute pubblica, per il patrimonio storico, artistico, culturale, ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti dell'Unione europea».

⁷² Dunque, rispetto al testo del D.L. n. 76/2020 si è inserita la limitazione della possibilità di richiedere le garanzie alle sole procedure negoziate.

In ordine alla garanzia definitiva, l'art. 53, co. 4 stabilisce che:

- il suo valore deve essere pari al 5% dell'importo contrattuale;
- è facoltà della stazione appaltante di non richiederla, con decisione debitamente motivata, per l'esecuzione dei contratti sottosoglia nonché per i contratti di pari importo stipulati a valere su un accordo quadro.

Visto che la mancanza di garanzia definitiva comporta il rischio, per stazione appaltante, di trovarsi in una situazione in cui potrebbe non avere alcuna protezione finanziaria a fronte di inadempimento del contraente o di eventuali difetti nell'esecuzione del contratto, la decisione, debitamente motivata, di non richiedere una garanzia definitiva dovrebbe essere assunta proprio in base all'attenta valutazione di detto rischio.

⁷³ La garanzia provvisoria, quando richiesta, può essere costituita sotto forma di cauzione oppure di fideiussione con le modalità di cui all'art. 106 del Codice, recante «Garanzie per la partecipazione alla procedura».

CAPITOLO 6

Considerazioni conclusive



alla normativa esaminata emerge come la nuova disciplina dei contratti sotto la soglia di rilevanza europea si conforma alla ratio che impronta l'intero D. Lgs. n. 36/2023: superare la sfiducia dell'ordinamento non solo verso l'amministrazione, ma anche nei confronti degli operatori economici.

Difatti, con riferimento a detti contratti, si nota una potenziata valorizzazione della discrezionalità amministrativa quale strumento per assicurare i principi costituzionali di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa. Ne è un esempio il codificato principio del risultato, criterio prioritario per orientare l'agire dell'amministrazione e propulsore per un esercizio della discrezionalità amministrativa nel rispetto della disciplina sulla concorrenza, intesa quale irrinunciabile mezzo (e non obiettivo) per il raggiungimento dell'interesse pubblico.

Si pensi alle previsioni di cui all'art. 52 (sul controllo dei requisiti degli operatori economici a campione), nonché a quelle che rimettono all'amministrazione scelte da ponderarsi proprio sulla base della necessità di arrivare ad un'aggiudicazione, celere ed efficace del lavoro, servizio o fornitura alle migliori condizioni di mercato, nel massimo soddisfacimento dell'interesse pubblico (si pensi all'art. 50, co. 1, lett. d); al tema del sorteggio; al modificato principio di rotazione).

L'amministrazione 'difensiva' -come quella che ricorreva alle procedure ordinarie in luogo di quelle previste specificamente per i sotto-soglia- non è più un'opzione normalmente praticabile e, laddove praticata, deve radicare la sua giustificazione in obiettive esigenze, sempre dirette al raggiungimento del miglior risultato, conseguito attraverso la concorrenza massima tra gli operatori, con imparzialità, correttezza, trasparenza dell'azione amministrativa.

Pertanto, soprattutto nei contratti sotto-soglia, la fiducia e il risultato, quali criteri da utilizzare nell'esercizio dell'azione amministrativa, inaugurano una nuova era nel sistema di approvvigionamento pubblico dove il potere di decidere si concentra sull'amministrazione⁷⁴, la quale dovrà esercitarlo con modalità che assicurino celerità e efficienza, nell'ottica del miglior soddisfacimento dell'interesse della collettività, in un rapporto di fiducia e collaborazione con gli operatori economici.

⁷⁴ Come è stato osservato da E. Giordano, in *Gli affidamenti sotto soglia*, *Giornale Dir. Amm.*, 2023, 3, 345.



Artigiani
Imprenditori
d'Italia

Costruzioni

SOA
GROUP

