

**ANCE**

ASSOCIAZIONE NAZIONALE  
COSTRUTTORI EDILI

## **D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36**

***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***

**Esame e commento**

*Sommario*

<b>LIBRO I - DEI PRINCIPI</b> .....	<b>5</b>
<b>I PRINCIPI GENERALI - Artt. 1-12</b> .....	<b>5</b>
<i>Principio del risultato – art. 1</i> .....	5
<i>Principio della fiducia – art. 2</i> .....	5
<i>Responsabilità erariale – art. 2, comma 3</i> .....	6
<i>Principio dell’accesso al mercato – art. 3</i> .....	6
<i>Principi di buona fede e di tutela dell’affidamento – art. 5</i> .....	6
<i>Principio di auto-organizzazione amministrativa – art. 7</i> .....	7
<i>Principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni d’opera intellettuale a titolo gratuito – art. 8</i> .....	7
<i>Principio di conservazione dell’equilibrio contrattuale – art. 9</i> .....	7
<i>Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione – art. 10</i> .....	7
<b>PRINCIPIO DI APPLICAZIONE DEI CCLN DI SETTORE - Art. 11</b> .....	<b>9</b>
<b>AMBITO DI APPLICAZIONE, RUP E FASI DI AFFIDAMENTO - Artt. 13-18</b> .....	<b>10</b>
<i>Ambito di applicazione – art. 13</i> .....	10
<i>Opere di urbanizzazione a scomputo – art. 13, comma 7 e allegato I.12</i> .....	10
<i>Il responsabile unico di progetto (RUP) – art. 15</i> .....	11
<i>I termini delle procedure – artt. 17 e 18</i> .....	12
<b>DIGITALIZZAZIONE – Artt. 19-36</b> .....	<b>14</b>
<i>Accesso agli atti – artt. 35 e 36</i> .....	15
<b>PROGRAMMAZIONE, LOCALIZZAZIONE E APPROVAZIONE DELLE OPERE, DIBATTITO PUBBLICO – artt. 37-40</b> .....	<b>17</b>
<i>Programmazione – art. 37</i> .....	17
<i>Localizzazione e approvazione del progetto delle opere – art. 38</i> .....	18
<i>Programmazione e progettazione delle infrastrutture strategiche e di preminente interesse nazionale – art. 39</i> .....	19
<i>Dibattito pubblico – art. 40</i> .....	19
<b>PROGETTAZIONE – art. 41-47</b> .....	<b>19</b>
<i>Livelli di progettazione – Art. 41</i> .....	19
<i>Prezzari – art. 41, comma 13</i> .....	21
<i>Non assoggettabilità a ribasso dei costi della manodopera e della sicurezza – art. 41, comma 14</i> .....	21
<i>Appalto integrato – art. 44</i> .....	22

<b>LIBRO II – DELL’APPALTO</b> .....	<b>22</b>
<b>PARTE I – “SOTTOSOGLIA”</b> .....	<b>22</b>
<i>Modalità di affidamento - artt. 48 e 50, comma 1</i> .....	<b>23</b>
<i>Principio di rotazione – art. 49</i> .....	<b>25</b>
<i>Divieto di sorteggio – art. 50, comma 2</i> .....	<b>25</b>
<i>Criteri di aggiudicazione e commissione giudicatrice – artt. 50, comma 4 e 51</i> .....	<b>26</b>
<i>Imprese pubbliche e titolari di diritti speciali o esclusivi operanti nei settori speciali – art. 50, comma 5</i> .....	<b>26</b>
<i>Esecuzione anticipata del contratto – art. 50, comma 6</i> .....	<b>26</b>
<i>Sostituzione del certificato di collaudo o del certificato di verifica di conformità – art. 50, comma 7</i> .....	<b>26</b>
<i>Pubblicità – art. 50, commi 8 e 9</i> .....	<b>27</b>
<i>Garanzie – art. 53</i> .....	<b>27</b>
<i>Esclusione automatica delle offerte anomale – art. 54 e allegato II.2</i> .....	<b>27</b>
<i>Termini – art. 55</i> .....	<b>31</b>
<b>PARTE II – DEGLI ISTITUTI E DELLE CLAUSOLE COMUNI</b> .....	<b>31</b>
<b>CLAUSOLE SOCIALI (Art. 57, comma 1) e Impegni dell’operatore economico (Art. 102)</b> .....	<b>32</b>
<b>SUDDIVISIONE IN LOTTI – Art. 58</b> .....	<b>33</b>
<i>Definizione di lotto quantitativo – art. 3</i> .....	<b>33</b>
<b>ACCORDI QUADRO – Art. 59 e 154</b> .....	<b>33</b>
<b>REVISIONE PREZZI – Art. 60</b> .....	<b>34</b>
<b>CONTRATTI RISERVATI – art. 61</b> .....	<b>35</b>
<b>PARTE III – DEI SOGGETTI</b> .....	<b>35</b>
<b>QUALIFICAZIONE DELLE STAZIONI APPALTANTI – Art. 62 – 63</b> .....	<b>35</b>
<b>CONSORZI NON NECESSARI – Art. 67</b> .....	<b>37</b>
<b>RAGGRUPPAMENTI D’IMPRESA – Art. 68</b> .....	<b>38</b>
<b>PARTE IV – DELLE PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE</b> .....	<b>39</b>
<b>PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE – ART. 70</b> .....	<b>39</b>
<b>PARTE V - DELLO SVOLGIMENTO DELLE PROCEDURE</b> .....	<b>39</b>
<b>PUBBLICAZIONE A LIVELLO NAZIONALE – Art. 85</b> .....	<b>39</b>
<b>COMMISSIONE GIUDICATRICE – Art. 93</b> .....	<b>39</b>
<b>REQUISITI DI ORDINE GENERALE– Artt. 94-98</b> .....	<b>40</b>
<i>Cause di esclusione automatica – art. 94</i> .....	<b>40</b>
<i>Cause di esclusione non automatica – art. 95</i> .....	<b>41</b>

<i>Disciplina dell'esclusione – art. 96</i> .....	42
<i>Cause di esclusione del raggruppamento d'impresa – art. 97</i> .....	42
<i>Illecito professionale – art. 98</i> .....	43
<i>Verifica del possesso dei requisiti – art. 99</i> .....	45
QUALIFICAZIONE SOA – Art. 100 .....	45
SOCCORSO ISTRUTTORIO – Art. 101 .....	47
AVVALIMENTO – Art. 104 .....	48
GARANZIE PER LA PARTECIPAZIONE ALLA PROCEDURA – Art. 106.....	48
PRINCIPI GENERALI IN MATERIA DI SELEZIONE – Art. 107.....	49
CRITERI DI AGGIUDCAZIONE DEGLI APPALTI – Art. 108 .....	50
REPUTAZIONE DELL'IMPRESA (RATING D'IMPRESA) – Art. 109 .....	50
PARTE VI – DELL'ESECUZIONE .....	52
GARANZIE DEFINITIVE – art. 117 .....	52
<i>Garanzie definitive e accordi quadro – art. 117, comma 2</i> .....	52
<i>Ritenuta di garanzia – art. 117, comma 4</i> .....	52
SUBAPPALTO – Art. 119 .....	52
VARIANTI – Art. 120.....	53
ESECUZIONE O COMPLETAMENTO DEI LAVORI – Art. 124 .....	54
ANTICIPAZIONE, MODALITÀ E TERMINI DI PAGAMENTO DEL CORRISPETTIVO – Art. 125 .....	54
PREMIO DI ACCELERAZIONE – Art. 126 .....	54
BENI CULTURALI – Art. 133.....	55
LIBRO III - SETTORI SPECIALI.....	57
<i>Eliminazione dell'obbligo di motivazione aggravata in caso di mancata suddivisione in lotti – art. 141</i> .....	57
<i>Illecito professionale – art. 169</i> .....	57
LIBRO IV – DEL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO E DELLE CONCESSIONI.....	58
NOZIONE – Art.174 .....	58
PROGRAMMAZIONE, VALUTAZIONE PRELIMINARE, CONTROLLO E MONITORAGGIO – Art.175 .....	58
CONTRATTO DI CONCESSIONE E TRASLAZIONE DEL RISCHIO OPERATIVO – Art. 177.....	59
AFFIDAMENTI DEI CONCESSIONARI – Art. 186 .....	59
CONTRATTI DI CONCESSIONE SOTTO SOGLIA – Art. 187 .....	61
MODIFICA DI CONTRATTI DURANTE IL PERIODO DI EFFICACIA - Art. 189 .....	62
RISOLUZIONE E RECESSO - Art. 190.....	62

REVISIONE DEL CONTRATTO DI CONCESSIONE- Art. 192.....	62
MAGGIOR CHIAREZZA PER IL PROJECT FINANCING – Art. 193.....	62
PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DI PPP (E PF) – Artt. 193 e 198 .....	63
CONTRATTI DI RENDIMENTO ENERGETICO O EPC – Art. 200.....	63
PARTENARIATO SOCIALE – Art. 201 .....	63
SERVIZI GLOBALI – Artt. 203 e 208.....	63
<b>LIBRO V – DEL CONTENZIOSO, DELL’ANAC E DISPOSIZIONI FINALI .....</b>	<b>63</b>
<b>PARTE I – DEL CONTENZIOSO.....</b>	<b>63</b>
<b>MODIFICHE AL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO DI CUI ALL'ALLEGATO 1 AL DECRETO      LEGISLATIVO 2 LUGLIO 2010, N.104. – ART. 209.....</b>	<b>64</b>
<b>ACCORDO BONARIO PER I LAVORI – Art. 210.....</b>	<b>64</b>
<b>ARBITRATO – Art. 213.....</b>	<b>65</b>
<b>COLLEGIO CONSULTIVO TECNICO – Art. 215 .....</b>	<b>65</b>
<b>PRECONTENZIOSO ANAC – Art. 220.....</b>	<b>67</b>
<b>PARTE II – DELLA GOVERNANCE .....</b>	<b>68</b>
<b>INDIRIZZO, COORDINAMENTO E MONITORAGGIO PRESSO LA CABINA DI REGIA. GOVERNANCE      DEI SERVIZI – Art. 221 .....</b>	<b>68</b>
<b>FUNZIONI DELL’ANAC – Art. 222.....</b>	<b>69</b>
<b>MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI E STRUTTURA TECNICA DI MISSIONE –      Art. 223.....</b>	<b>70</b>
<b>PARTE III – DISPOSIZIONI TRANSITORIE, DI COORDINAMENTO E ABROGAZIONI .....</b>	<b>71</b>
<b>AGGIORNAMENTI - ART. 227.....</b>	<b>76</b>
<b>ENTRATA IN VIGORE – ART. 229 .....</b>	<b>76</b>
<b>ALLEGATI .....</b>	<b>77</b>

## LIBRO I - DEI PRINCIPI

### I PRINCIPI GENERALI - Artt. 1-12

Il nuovo Codice ha inteso dedicare ampio spazio alla codificazione dei principi generali che riguardano la materia dei contratti pubblici.

Innovativo appare il richiamo ai principi del risultato e della fiducia che, unitamente al principio dell'accesso al mercato, vengono definiti quali criteri di interpretazione delle altre norme del Codice (art. 4). Altri principi di particolare rilievo sono quelli di: buona fede e tutela dell'affidamento, autonomia negoziale, auto-organizzazione amministrativa e conservazione dell'equilibrio contrattuale.

#### ***Principio del risultato – art. 1***

Il **principio del risultato** presuppone che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguano l'affidamento del contratto e della sua esecuzione:

- con la massima tempestività;
- con il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo;
- nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza (art. 1, comma 1).

Tale principio costituisce criterio prioritario per:

- l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto;
- 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 (art. 1, comma 4).

Nell'ambito della medesima norma, il **principio di concorrenza** subisce una riconfigurazione, divenendo strumentale al conseguimento del miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. Anche la **trasparenza** diventa funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del Codice, assicurandone la verificabilità (art. 1, comma 2).

#### ***Principio della fiducia – art. 2***

L'art. 2 codifica il **principio della fiducia** nell'azione legittima, trasparente e corretta delle pubbliche amministrazioni, dei suoi funzionari e degli operatori economici (art. 2, comma 1).

Tale principio è diretto a favorire e valorizzare l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato (art. 2, comma 2).

### ***Responsabilità erariale – art. 2, comma 3***

Sempre all'art. 2, si prevede una perimetrazione del concetto di **colpa grave**, rilevante ai fini della **responsabilità amministrativa** dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti, con la precisazione che costituisce colpa grave:

- la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi;
- la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza;
- l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto.

La medesima disposizione aggiunge che non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti.

### ***Principio dell'accesso al mercato – art. 3***

L'art. 3 enuncia il **principio dell'accesso al mercato**.

In particolare, la norma prevede che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal Codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di **concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità e trasparenza, proporzionalità**.

### ***Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento – art. 5***

L'art. 5 enuncia i **principi di buona fede e di tutela dell'affidamento**.

Recependo i principi espressi dalla giurisprudenza amministrativa, si prevede che in caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti. Si precisa, poi, che nei casi in cui non spetta l'aggiudicazione, il danno da lesione dell'affidamento è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico.

Inoltre, viene introdotta la possibilità per le **committenti condannate al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, di attivare azione di rivalsa nei confronti dell'aggiudicatario illegittimo**.

***Principio di auto-organizzazione amministrativa – art. 7***

L'art. 7 estende il **principio di libera autorganizzazione delle autorità pubbliche**, contenuto nell'art. 2 della direttiva 23/2014 sulle concessioni, anche ai contratti di appalto; viene quindi posta su un piano di parità la scelta delle stazioni appaltanti di ricorrere alla autoproduzione, all'esternalizzazione ovvero alla cooperazione pubblico-pubblico.

Con particolare riferimento al ricorso all'autoproduzione, si richiede, in caso di affidamento *in house*, l'adozione di un apposito provvedimento motivato che dia conto dei vantaggi per la collettività del ricorso a tale forma di affidamento, nonché della congruità economica della prestazione stessa.

***Principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito – art. 8***

La norma codifica il **principio di autonomia contrattuale** e disciplina il **divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito**. Con particolare riferimento a quest'ultimo, si dispone che le prestazioni d'opera intellettuale non possono essere rese dai professionisti gratuitamente, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione. Si precisa inoltre che, fatti salvi i predetti casi eccezionali, la pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso.

***Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale – art. 9***

L'art. 9 è dedicato al principio di **conservazione dell'equilibrio contrattuale**.

In particolare, si prevede il diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali a favore della parte svantaggiata che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio qualora sopravvengano circostanze straordinarie e imprevedibili, che siano 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.

A tali fini, le stazioni appaltanti 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.

***Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione – art. 10***

L'art. 10 contiene il **principio di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione**.

La norma afferma in modo chiaro il divieto di affidamento dei contratti pubblici agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice.



Si prevede, poi, la possibilità per le committenti di introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionali purché attinenti e proporzionati all'appalto e non ostativi all'accesso al mercato ed alla crescita delle PMI.

### **Valutazione**

I principi generali richiamati sono di matrice europea, civilistica e, soprattutto, giurisprudenziale.

Quanto **al principio del risultato**, in sé e per sé condivisibile, è indispensabile che venga visto come “il risultato” di tutto il sistema, in una logica qualità, tempo e costi: le opere vanno realizzate sì celermente, soprattutto quelle del PNRR, ma pur sempre nel rispetto dei ruoli di tutti gli operatori coinvolti, amministrazioni, progettisti e imprese di costruzione.

Analogamente, quanto **al principio della fiducia**, riferito al **tema della responsabilità erariale**, manca purtroppo la messa a regime di quanto introdotto in via transitoria – sino al 30 giugno 2023 – dal d.l. “Semplificazioni” n. 76/2020, che ha stabilito la rilevanza del dolo, oltre alla colpa grave, solo nei casi di condotte omissive. Previsione, questa, particolarmente rilevante, ad avviso di ANCE, nell’ottica di incentivare la politica del “fare” e contrastare il fenomeno patologico della “burocrazia difensiva” e della “paura della firma”.

Manca, poi, un richiamo al principio generale di **tutela delle MPMI** nell’ambito delle gare, principio che risulta, invece, frammentato all’interno di disposizioni diverse (divisione in lotti, subappalto, criteri di qualificazione).

**Nell’ambito dell’art. 5, relativo ai principi di buona fede e tutela dell’affidamento**, viene introdotta la possibilità per le committenti condannate al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, di attivare azione di rivalsa nei confronti dell’aggiudicatario illegittimo. Tale misura appare gravosa per le imprese, in quanto eccessivamente generica e non circoscritta ai casi in cui la condanna abbia carattere definitivo.

**L’art. 7 recepisce il principio di libera autorganizzazione delle autorità pubbliche**, previsto dall’art. 2 della direttiva 23/2014 sulle concessioni.

Con particolare riferimento all’autoproduzione, la previsione relativa all’*in house* potrebbe rischiare di ampliare le ipotesi in cui è consentito il ricorso a detto istituto. Tale lettura va però, evitata. Come di recente ribadito anche dalla Corte costituzionale (sentenza 27 maggio 2020, n. 100,) il principio di libera autorganizzazione delle autorità pubbliche (di cui al quinto considerando della direttiva 2014/24/UE e all’art. 2, paragrafo 1, della direttiva 2014/23 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione) non impone l’applicazione a livello interno del criterio di parità delle scelte organizzative della PA; in ogni caso, infatti, l’ordinamento nazionale deve seguire una direttrice pro-concorrenziale, volta ad allargare il ricorso al mercato e a restringere il ricorso all’affidamento diretto, per evitare l’abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni.

L'art. 9 prevede, poi, il principio di **conservazione dell'equilibrio contrattuale**, che, invero, andrebbe declinato come principio di **giusta remuneratività dei contratti pubblici**. Ciò, nell'interesse della collettività, rappresentando, questa, una condizione necessaria per avere un mercato sano e sostenibile.

Quanto, infine, al **principio di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione di cui all'art. 10** recepisce sarebbe importante, in sede di correzione, un richiamo alle norme sulla qualificazione per i lavori che, almeno fino a 20 milioni di euro, vedono nell'attestazione SOA il requisito necessario e sufficiente per la partecipazione alle gare.

### **PRINCIPIO DI APPLICAZIONE DEI CCLN DI SETTORE - Art. 11**

Tale principio è declinato, al comma 1, con la stessa formulazione dell'attuale art. 30, comma 4, d.lgs. n. 50/2016 : al personale impiegato in appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.

Il comma 2 prevede, inoltre, l'indicazione nel bando, da parte della stazione appaltante, del contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto.

Tuttavia, il successivo comma 3 consente agli operatori economici di indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo applicato, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante.

Le stazioni appaltanti assicurano che le medesime tutele normative ed economiche siano garantite ai lavoratori in subappalto. Tale principio viene poi specificamente declinato nell'ambito della disciplina del subappalto (art. 119), peraltro sostanzialmente invariata rispetto alla previgente.

È stato, infine, riprodotto al comma 6 l'istituto dell'intervento sostitutivo della stazione appaltante nel caso di inadempienza contributiva o retributiva dell'impresa affidataria o del subappaltatore, prima disciplinato dai commi 5 e 6 dell'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016

### **Valutazione**

Si valuta positivamente il principio generale relativo all'applicazione del contratto collettivo nazionale e territoriale di settore, nonché l'introduzione dell'obbligo per la stazione appaltante di indicare nel bando il CCNL applicabile (come richiesto da ANCE, Associazioni Cooperative e

OO.SS. nell'ambito dell'Accordo sulle istanze del settore delle costruzioni, parte integrante del rinnovo CCNL del 3 marzo 2022).

Invece, si ritiene molto critica l'introduzione della possibilità per l'operatore economico di indicare nell'offerta un differente contratto collettivo applicato. Tale previsione, infatti, rischia di vanificare il suddetto principio generale, basato sul criterio di corrispondenza tra attività svolta e CCNL applicato, introducendo il diverso e più indeterminato criterio di "equivalenza delle tutele".

Infine, si valuta positivamente la conferma dell'istituto dell'intervento sostitutivo.

### **AMBITO DI APPLICAZIONE, RUP E FASI DI AFFIDAMENTO - Artt. 13-18**

#### ***Ambito di applicazione – art. 13***

Analogamente al d.lgs. n. 50/2016, il nuovo Codice racchiude la disciplina relativa ai contratti di appalto e di concessione.

#### ***Opere di urbanizzazione a scomputo – art. 13, comma 7 e allegato I.12***

La disciplina delle opere di urbanizzazione a scomputo, totale o parziale, del contributo di costruzione è contenuta in parte nell'articolo 13 che regola l'ambito di applicazione del nuovo Codice e in parte nell'Allegato I.12 dedicato esclusivamente a queste opere.

*Il comma 7 dell'art. 13 (analogamente a quanto stabilito dal D.lgs. 50/2016) stabilisce che "Le disposizioni del codice si applicano, altresì, all'aggiudicazione dei lavori pubblici da realizzarsi da parte di soggetti privati, titolari di permessi di costruire o di un altro titolo abilitativo, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'articolo 16, comma 2, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e dell'articolo 28, comma 5, della legge 17 agosto 1942, n. 1150..."*

Nell'allegato I.12 sono individuate le modalità di affidamento delle opere di urbanizzazione a scomputo.

Si evidenzia che, con riferimento alla qualificazione delle stazioni appaltanti, nel testo definitivo è stata inserita all'allegato II.4 l'esclusione per i privati tenuti all'osservanza del Codice (art. 2, comma 2), tra cui si ritiene anche i soggetti che realizzano le opere di urbanizzazione a scomputo

#### **Valutazione**

Il nuovo codice riproduce le norme del D.lgs. 50/2016. La previsione dell'esclusione dei privati tenuti all'applicazione del Codice dai requisiti previsti per la qualificazione delle stazioni

appaltanti (contenuta nell'allegato II.4), unitamente alle disposizioni dell'art. 13, comma 7 e dell'allegato I.12 si tiene che confermino la possibilità per i soggetti che eseguono opere a scomputo di assumere la funzione di stazione appaltante senza dover essere qualificati (come fino ad oggi previsto).

Su questo punto sarebbe comunque opportuna una modifica o un chiarimento interpretativo al fine di averne un orientamento univoco in considerazione. La diversa dislocazione delle disposizioni in parte nell'art. 13 del codice e in parte nell'ambito di un apposito Allegato I.12 (*a sua volta suddiviso in diversi articoli con rubriche generiche e non propriamente coerenti rispetto all'argomento disciplinato*) potrebbe infatti lasciare aperta la problematica interpretativa già sollevata dall'Ance circa l'esatta applicazione del regime realizzativo delle opere a scomputo (rapporto fra privati e amministrazione comunale nella indizione della gara).

### ***Il responsabile unico di progetto (RUP) – art. 15***

Il nuovo Codice **ridisegna la portata e la figura del RUP**, che è un responsabile unico di progetto (o di intervento) e non più di procedimento.

Si tratta, in particolare, del responsabile di una serie di fasi, preordinate alla realizzazione di un progetto o di un intervento pubblico. Si prevede la possibilità per le stazioni appaltanti di nominare un responsabile di procedimento per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e un responsabile per la fase di affidamento, a sostegno dell'attività del RUP. In capo a quest'ultimo rimangono gli obblighi – e le connesse responsabilità – di supervisione, coordinamento e indirizzo, mentre in capo ai responsabili di fase sono posti i compiti e le responsabilità delle singole fasi a cui sono preposti (art. 15, comma 4).

Il RUP è nominato tra i dipendenti assunti anche a tempo determinato della stazione appaltante o dell'ente concedente, preferibilmente in servizio presso l'unità organizzativa titolare del potere di spesa. L'ufficio di RUP è obbligatorio e non può essere rifiutato; in caso di mancata nomina, l'incarico è svolto dal responsabile dell'unità organizzativa competente per l'intervento (art. 15, comma 2).

Il nuovo Codice prevede, poi, che le stazioni appaltanti possano istituire una struttura di supporto al RUP, e possano destinare risorse finanziarie (non superiori all'1 per cento dell'importo posto a base di gara) per l'affidamento diretto da parte del RUP di incarichi di assistenza al medesimo (art. 15, comma 6).

Inoltre, viene valorizzato il ruolo della formazione, prescrivendo alle stazioni appaltanti di adottare, contestualmente all'adozione del programma degli acquisiti di beni e servizi e del programma dei lavori, il piano di formazione specialistica per il proprio personale che svolge funzioni relative alle procedure di appalto (art. 15, comma 7).

Il nuovo Codice risolve, infine, anche la controversa questione relativa alla possibilità per il RUP di essere membro della commissione giudicatrice (su cui v. *infra* art. 93).

La disciplina di dettaglio del RUP è contenuta nell'allegato I.2, che sostituisce le corrispondenti linee guida ANAC n. 3.

**FOCUS**

**All. I.2 – Attività del RUP**

Nell'allegato vengono disciplinati nel dettaglio:

- i compiti specifici del RUP;
- i requisiti di professionalità imposti dalla complessità e dalla natura dei contratti da affidare;
- le ipotesi di incompatibilità tra le funzioni del RUP e le ulteriori funzioni tecniche e, in particolare, l'importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista o con il direttore dell'esecuzione del contratto;
- gli obblighi formativi delle amministrazioni nei confronti del RUP;
- le ipotesi e le modalità di affidamento degli incarichi di supporto al RUP e della possibilità per quest'ultimo di affidarli direttamente, sotto la propria responsabilità di risultato.

L'individuazione dei compiti del RUP è effettuata con il metodo delle elencazioni esemplificative.

L'allegato I.2. chiarisce la possibilità per la stazione appaltante di nominare anche un RUP privo dei requisiti.

In particolare, si prevede che il RUP deve essere dotato di competenze professionali adeguate all'incarico da svolgere; per i lavori e i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura il RUP deve essere un tecnico. Ove non sia presente tale figura professionale, le competenze sono attribuite al dirigente o al responsabile del servizio nel cui ambito di competenza rientra l'intervento da realizzare. Negli altri casi, la stazione appaltante può individuare quale RUP un dipendente anche non in possesso dei requisiti richiesti. Nel caso in cui sia individuato un RUP carente dei requisiti richiesti, la stazione appaltante affida lo svolgimento delle attività di supporto al RUP ad altri dipendenti in possesso dei requisiti carenti in capo al RUP o, in mancanza, a soggetti esterni aventi le specifiche competenze richieste dal codice e dall'allegato.

***I termini delle procedure – artt. 17 e 18***

Per quanto riguarda lo svolgimento delle procedure di gara, si stabilisce che le stesse debbano concludersi **entro termini precisi**, la cui individuazione è contenuta nell'allegato I.3. Conseguenza del **superamento di tali termini è la formazione di un silenzio inadempimento** da parte della stazione appaltante. Tale comportamento rileva, altresì, come violazione del dovere di buona fede; ciò anche in caso di mancata o tardiva stipulazione del contratto.

Per quanto riguarda la stipulazione del contratto, si prevede che questa debba avvenire entro 60 giorni dal momento in cui l'aggiudicazione diviene efficace, anche in pendenza di contenzioso, con l'eccezione dei contratti di importo inferiore alle soglie comunitarie e di altre ipotesi specificamente individuate dal Codice.

Il contratto non può essere, comunque, stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione (c.d. stand *still period*).

Tale termine dilatorio non si applica nei casi:

- 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;
- di appalti basati su un accordo quadro;
- di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione;
- di contratti di importo inferiore alle soglie europee.

#### **FOCUS**

##### **All. I.3 - Termini delle procedure di appalto**

Si prevede che le gare di appalto e concessione si concludono nei seguenti termini massimi.

1) Ove venga utilizzato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa basato sul miglior rapporto tra qualità e prezzo o sul costo del ciclo di vita:

- a. procedura aperta: nove mesi;
- b. procedura ristretta: dieci mesi;
- c. procedura competitiva con negoziazione: sette mesi;
- d. procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara: quattro mesi;
- e. dialogo competitivo: sette mesi;
- f. partenariato per l'innovazione: nove mesi.

2) Per le gare condotte secondo il criterio del minor prezzo:

- a. procedura aperta: cinque mesi;
- b. procedura ristretta: sei mesi;
- c. procedura competitiva con negoziazione: quattro mesi;
- d. procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara: tre mesi.

Tali termini decorrono dalla **pubblicazione del bando di gara o dall'invio degli inviti a offrire** – e non dalla determinazione a contrarre come previsto dai decreti legge “Semplificazione 1 e 2” – fino all'aggiudicazione alla miglior offerta, e non possono essere sospesi neanche in pendenza di contenzioso se non a seguito di provvedimento cautelare.

Ove la stazione appaltante o l'ente concedente debba effettuare la procedura di verifica dell'anomalia, i termini sopraindicati sono prorogati per il periodo massimo di un mese. In presenza di circostanze eccezionali il responsabile di procedimento, 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 responsabile di procedimento, quest'ultimo, con proprio atto, può prorogare i termini suddetti per ulteriori tre mesi.

### **DIGITALIZZAZIONE – Artt. 19-36**

Il nuovo Codice recepisce l'esigenza di *“definire le modalità per digitalizzare le procedure per tutti gli appalti pubblici e concessioni e definire i requisiti di interoperabilità e interconnettività”*, prevista tra gli obiettivi più rilevanti del Piano Nazionale di Ripresa e di Resilienza (v. milestone M1C1-70).

A tale scopo, viene dedicata, per la prima volta, un'intera sezione del Codice alla **digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici, stabilendo i principi e i diritti digitali sottesi alla partecipazione alle gare pubbliche**, tra cui quello dell'unicità dell'invio, secondo cui ciascun dato deve essere fornito dal suo possessore una sola volta a un solo sistema informativo (art. 19).

Partendo dal Codice di amministrazione digitale di cui al d.lgs. 82/2005, viene **costituito l'ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale** (e-procurement), composto da piattaforme telematiche “certificate”, che assicurano l'interoperabilità dei servizi svolti (art. 22) e la **confluenza delle informazioni sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC** (BDNCP). Gli obblighi informativi verso la BDNCP, attraverso le piattaforme telematiche, riguardano anche gli affidamenti diretti a società in house (art. 23). Tutte le gare transitano attraverso le piattaforme abilitate, pertanto le stazioni appaltanti non dotate di una propria piattaforma devono avvalersi di quelle messe a disposizione da altre stazioni appaltanti (art. 25).

In tale ecosistema, diviene quindi centrale la BDNCP e, con essa, il **Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico** (art. 24), già reso operativo dall'ANAC, nonché l'Anagrafe dell'Operatore Economico (art. 31). Il FVOE è utilizzato per accertare, in capo agli operatori economici, il possesso dei requisiti generali di cui agli artt. 94 e 95 e speciali ai sensi dell'art. 99 del Codice (v. *infra*).

All'ANAC viene affidata la **pubblicità legale degli atti** (art. 27), riportati sul portale istituzionale, nonché dei dati relativi ai singoli appalti, incluso l'elenco degli operatori economici invitati (art. 28).

Si prevede inoltre che tutte le comunicazioni e gli scambi d'informazione avvengano mediante le piattaforme dell'ecosistema nazionale sui contratti pubblici e solo per quanto non ivi previsto attraverso l'utilizzo del domicilio digitale (art.29).

Particolare attenzione è dedicata ai “diritti” dell’operatore economico nei confronti delle decisioni assunte mediante automazione (v. intelligenza artificiale), ove sono **stabiliti i principi di conoscibilità e comprensibilità, non esclusività della decisione algoritmica e di non discriminazione algoritmica** (art. 30).

Nella stessa parte della digitalizzazione, vengono anche disciplinati i sistemi dinamici di acquisizione dei lavori (art. 32) e le aste elettroniche, da cui sono sottratti solo i lavori che hanno per oggetto anche prestazioni intellettuali, come la progettazione (art. 33).

Infine, viene prevista la **digitalizzazione integrale dell’accesso agli atti** per gli offerenti alla gara e per **l’accesso civico**, che consente a tutti i cittadini di richiedere la documentazione di gara (artt. 35 e 36, su cui v. il paragrafo successivo).

#### **Valutazione**

Il titolo I, parte II, del nuovo Codice appalti, dedicato alla digitalizzazione del ciclo-vita dei contratti, rappresenta un’assoluta novità rispetto al d.lgs. 50/2016. Infatti, a distanza di sette anni dall’entrata in vigore di quest’ultimo, il legislatore ha ritenuto di disciplinare in maniera organica l’intero ciclo-vita digitale dei contratti pubblici, articolandolo in programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione.

Resta, tuttavia, talune perplessità la circostanza che l’intero ecosistema digitale sia basato sulla BDNCP, su cui graverà una quantità assai considerevole di dati, la cui gestione potrebbe apparire critica.

#### **Accesso agli atti – artt. 35 e 36**

Il nuovo Codice introduce **talune novità** anche in tema di trasparenza e accesso agli atti.

L’art. 35 precisa, anzitutto, che le stazioni appaltanti assicurano l’accesso alle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici in modalità digitale, mediante acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inseriti nelle piattaforme, ai sensi degli artt. 3-*bis* e 22 e ss. della l. n. 241/1990, sull’accesso agli atti, e degli artt. 5 e 5 bis del d.lgs. n. n. 33/2013, **sull’accesso civico generalizzato**.

Un’ulteriore novità riguarda, pertanto, il riconoscimento espresso della possibilità per tutti i cittadini di richiedere, attraverso l’istituto da ultimo richiamato, la documentazione di gara nei limiti consentiti e disciplinati dall’art. 5-*bis* del d.lgs. n. 33/2013 citato (sul punto, cfr. Cons. St., ad. plen. n. 10/2020).

La norma indica, poi, i tempi in cui si può ottenere la documentazione di interesse, quale ad esempio le domande di partecipazione e gli atti, dati e informazioni relativi ai requisiti di



partecipazione e ai verbali relativi alla fase di ammissione dei candidati e offerenti, i verbali relativi alla valutazione delle offerte e agli atti, dati e informazioni a questa presupposti, e infine i verbali riferiti alla fase di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Infine, vengono individuate le ipotesi di esclusione dall'accesso, fra cui le informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali.

Quanto all'art. 36, la norma prevede, in via innovativa che **l'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario**, nonché i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione siano resi disponibili, attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale utilizzata dalla stazione appaltante, a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione.

In aggiunta a quanto sopra, si prevede che agli **operatori economici collocati nei primi cinque posti in graduatoria sono resi reciprocamente disponibili, attraverso la stessa piattaforma, sia gli atti sopra richiamati, sia le offerte dagli stessi presentate.**

La norma introduce anche un **rito speciale con tempi ristretti e procedimento semplificato** per contestare il diniego di oscuramento o l'eventuale eccesso di oscuramento.

In particolare, si prevede che nella comunicazione dell'aggiudicazione, la stazione appaltante dia atto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte, indicate dagli operatori economici ai sensi del precedente art. 35. Tali decisioni sono impugnabili ai sensi delle disposizioni sul rito in materia di accesso (art. 116 c.p.a.), con ricorso notificato e depositato entro dieci giorni dalla comunicazione digitale della aggiudicazione (art. 36, comma 4).

Nel caso in cui la stazione appaltante o l'ente concedente ritenga insussistenti le ragioni di segretezza indicate dall'offerente, l'ostensione delle parti dell'offerta di cui è stato richiesto l'oscuramento non è consentita prima del decorso del termine di impugnazione delle suddette decisioni.

La norma stabilisce, poi, che il termine di impugnazione dell'aggiudicazione e dell'ammissione e valutazione delle offerte diverse da quella aggiudicataria decorre comunque dalla comunicazione di aggiudicazione (art. 36, comma 9).

Infine, si riconosce all'amministrazione, che ritenga insussistenti le ragioni di segretezza indicate dagli operatori economici, la facoltà di inoltrare segnalazione all'ANAC, la quale può irrogare una sanzione pecuniaria (art. 36, comma 6).

**PROGRAMMAZIONE, LOCALIZZAZIONE E APPROVAZIONE DELLE OPERE, DIBATTITO PUBBLICO –  
artt. 37-40*****Programmazione – art. 37***

L'art. 37 contiene la disciplina generale relativa alla **programmazione dei lavori**; quella di dettaglio è collocata nell'allegato I.5.

Per quanto di interesse, si prevede che le stazioni appaltanti adottino il programma triennale dei lavori pubblici e l'elenco annuale, recante i lavori da avviare nella prima annualità.

Nel programma triennale, le stazioni appaltanti inseriscono i lavori il cui importo si stima pari o superiore a 150.000 euro. I lavori di importo pari o superiore alla soglia europea sono inseriti nell'elenco triennale dopo l'approvazione del documento di fattibilità delle alternative progettuali e nell'elenco annuale dopo l'approvazione del documento di indirizzo della progettazione. Fanno eccezione i lavori di manutenzione ordinaria, che sono inseriti nell'elenco triennale anche in assenza del documento di fattibilità delle alternative progettuali.

La norma prescrive, poi, l'obbligo di pubblicazione del programma triennale e dei relativi aggiornamenti annuali sul sito istituzionale della stazione appaltante e nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

È esclusa, invece, dalla disciplina di cui all'art. 37 la pianificazione delle attività dei soggetti aggregatori e delle centrali di committenza.

**FOCUS*****ALL. I.5 Elementi per la programmazione dei lavori e dei servizi. Schemi tipo.***

L'allegato I.5 contiene la disciplina di dettaglio relativa a:

- schemi tipo;
- ordini di priorità degli interventi, comprensivi del completamento delle opere incompiute e dell'effettuazione dei lavori programmati e non avviati;
- fonti di finanziamento;
- condizioni che consentono di modificare la programmazione e di realizzare un intervento non previsto nell'elenco annuale;
- modalità di raccordo con la pianificazione dell'attività dei soggetti aggregatori e delle centrali di committenza ai quali le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono delegare le attività.

**Localizzazione e approvazione del progetto delle opere – art. 38**

L'art. 38 disciplina la **procedura di localizzazione e approvazione del progetto delle opere**, da svolgersi in conformità alla l. n. 241/ 1990 e alle disposizioni statali e regionali che regolano la materia.

La norma chiarisce, anzitutto, che la procedura non si applica se è stata già accertata la conformità del progetto di fattibilità tecnica ed economica alla pianificazione urbanistica e alla regolamentazione edilizia, per le:

- opere pubbliche di interesse statale, escluse quelle destinate alla difesa militare, dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, sentiti gli enti territoriali interessati;
- opere pubbliche di interesse locale, dal comune, oppure dalla regione o dalla provincia autonoma interessata in caso di opere interessanti il territorio di almeno due comuni.

Quanto allo svolgimento della procedura, si stabilisce che la stazione appaltante o l'ente concedente provvedano alla convocazione di una conferenza di servizi che si svolge secondo la modalità semplificata di cui all'art. 14 *bis* della l. n. 241/1990, con alcune previsioni specifiche differenti indicate dal comma 9 (i pareri e gli atti di tutte le amministrazioni partecipanti devono intervenire entro 60 gg, anziché 45 gg e 90 gg per gli enti preposti alla tutela dei beni culturali, paesaggistica, ambientale, ecc.; una proroga di massimo 10 gg; una particolare disciplina del "dissenso costruttivo"). Per le opere pubbliche di interesse statale, la stazione appaltante trasmette il PFTE al Consiglio superiore dei lavori pubblici o al competente Provveditorato interregionale per le opere pubbliche.

Nel corso della conferenza di servizi è acquisita e valutata sia l'assoggettabilità alla verifica preventiva dell'interesse archeologico, che la VIA. Qualora dalla valutazione di verifica preventiva dell'interesse archeologico emerga l'esistenza di un interesse archeologico, il soprintendente procede ai sensi dell'allegato I.8, tenuto conto del cronoprogramma dell'opera.

La determinazione conclusiva della conferenza di servizi approva il progetto e perfeziona ad ogni fine urbanistico ed edilizio l'intesa tra gli enti territoriali interessati, anche ai fini della localizzazione dell'opera, della conformità urbanistica e paesaggistica dell'intervento, della risoluzione delle interferenze e delle relative opere mitigatrici e compensatrici. L'intesa tra gli enti interessati, in ordine alla localizzazione dell'opera, ha effetto di variante agli strumenti urbanistici vigenti. Essa comprende il provvedimento di valutazione di impatto ambientale, la valutazione di assoggettabilità alla verifica preventiva dell'interesse archeologico, i titoli abilitativi necessari, la dichiarazione di pubblica utilità e indifferibilità delle opere nonché il vincolo preordinato all'esproprio e consente la realizzazione di tutte le opere e attività previste nel progetto approvato.

**Valutazione**

La nuova disciplina della localizzazione delle opere pubbliche contiene diverse semplificazioni (es. utilizzo della conferenza di servizi semplificata, superamento intesa Stato-Regioni in caso di opere di interesse statale, VIA contestuale alla conferenza di servizi, ecc.). Alcuni aspetti però necessiteranno di essere definiti con maggiore chiarezza (es. coordinamento con il Dpr 383/1994).

***Programmazione e progettazione delle infrastrutture strategiche e di preminente interesse nazionale – art. 39***

La norma contiene la disciplina relativa alle procedure di pianificazione, programmazione e progettazione delle infrastrutture strategiche, la cui realizzazione riveste carattere di urgenza e di preminente interesse nazionale.

Per quanto di interesse, si rileva che l’elenco delle suddette infrastrutture è inserito nel documento di economia e finanza.

Per l’esame dei progetti, è previsto che il Consiglio superiore dei lavori pubblici istituisca un comitato speciale.

Infine, in presenza di dissensi qualificati nell’ambito della conferenza di servizi ai sensi dell’art. 14-*quinquies*, della l. n. 241/1990, la procedura può essere sostituita dall’adozione di un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri.

***Dibattito pubblico – art. 40***

L’art. 40 disciplina l’istituto del dibattito pubblico. L’allegato I.6 individua i casi in cui l’istituto deve essere applicato obbligatoriamente; al di là di tali ipotesi, alla stazione appaltante è attribuita la facoltà di indire il dibattito pubblico ove ne ravvisi l’opportunità in ragione della particolare rilevanza sociale dell’intervento e del suo impatto sull’ambiente e sul territorio.

**PROGETTAZIONE – art. 41-47**

***Livelli di progettazione – Art. 41***

La progettazione in materia di lavori pubblici viene articolata in **due livelli** – e non più tre – ossia il progetto di fattibilità tecnico-economica e il progetto esecutivo. L’attività di verifica si sviluppa nel corso di tutto l’*iter* progettuale e comprende anche l’ottemperanza alle prescrizioni impartite dagli enti competenti in sede di conferenza servizi, senza necessità di ulteriori approvazioni/autorizzazioni.

Si rileva che non viene previsto il divieto di subappalto della progettazione e delle attività ad essa connesse.

**FOCUS**

**ALL. I.7 *Contenuti minimi del quadro esigenziale, del documento di fattibilità delle alternative progettuali, del documento di indirizzo della progettazione, del progetto di fattibilità tecnica ed economica e del progetto esecutivo***

L'allegato definisce la disciplina di dettaglio dei due livelli di progettazione previsti dall'art. 41, ossia rispettivamente il progetto di fattibilità tecnico-economica e il progetto esecutivo, individuando le relative modalità di elaborazione e il contenuto. Viene definita anche la disciplina relativa alla verifica di progettazione di cui all'art. 42.

Vengono, inoltre, confermate le spese generali in un range tra il 13 ed il 17 per cento.

Non viene invece riproposta la natura contrattuale del computo metrico estimativo (art. 31).

**FOCUS**

**ALL. I.8 *Verifica preventiva dell'interesse archeologico***

Tale allegato contiene la disciplina relativa alla verifica preventiva dell'interesse archeologico. Rispetto al vigente art. 25, d.lgs. n. 50/2016, sono eliminati i passaggi procedurali e viene fissato un termine di conclusione della verifica archeologica, oggi rimesso alla determinazione della competente Soprintendenza. Il termine è direttamente stabilito dalla norma e varia da 30 a 60 giorni, in ragione della tipologia di opera, salvo sospensioni, che non possono superare comunque un massimo di 15 giorni. Infine, scompare la previsione speciale sugli interventi in aree di particolare interesse produttivo.

**Valutazione**

Il nuovo Codice semplifica le procedure relative alla fase di approvazione dei progetti in materia di opere pubbliche, attraverso la riduzione dei livelli di progettazione. Tale semplificazione può essere considerata positivamente a condizione che non si traduca in un impoverimento della qualità dei progetti.

Negativa, peraltro, appare la mancata riproposizione della valenza contrattuale del computo metrico estimativo

Con riferimento all'allegato I.8, questo introduce delle semplificazioni procedurali che vanno a sommarsi con quelle previste dall'articolo 38, comma 8, in cui viene stabilito che la verifica preventiva dell'interesse archeologico e della VIA sono acquisiti e valutati "in parallelo" nel corso della conferenza prevista dallo stesso articolo.

**Prezzari – art. 41, comma 13**

In analogia a quanto attualmente previsto dal d.lgs. n. 50/2016, l'art. 41 del nuovo Codice conferma la regola in base alla quale per i contratti relativi ai lavori, il costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni è determinato facendo riferimento ai prezzi correnti alla data dell'approvazione del progetto riportati nei prezzari predisposti dalle regioni e dalle province autonome o adottati dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti che in base alla natura o all'oggetto dell'appalto sono autorizzati a non applicare quelli regionali.

I criteri di formazione e aggiornamento dei prezzari regionali sono definiti nell'allegato I.14.

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

È mantenuta, altresì, l'attuale disposizione secondo cui il costo del lavoro è determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del Lavoro.

**Valutazione**

Viene ribadito che anche i contratti devono far riferimento a prezzi correnti di mercato contenuti in prezzari aggiornati.

Tuttavia, tale previsione potrebbe lasciar sottendere che il solo fatto che un prezzo venga riportato in un prezzario, lo renda per ciò solo "corrente". In chiave emendativa, si rende quindi opportuno garantire una verifica effettiva, da parte della stazione appaltante, circa l'aderenza dei prezzi a quelli di mercato.

Sempre sotto tale profilo, sarebbe opportuno prevedere un limite di tre mesi entro cui i lavori devono essere banditi, una volta validato il progetto, in modo da garantire una maggiore aderenza dei prezzi all'andamento del mercato.

Infine, sarebbe auspicabile addivenire ad un prezzario redatto sulla base di uno schema di analisi valevole per tutte le regioni e/o altre stazioni appaltanti, predisposto da un ente centrale (come il Consiglio Superiore dei lavori pubblici).

**Non assoggettabilità a ribasso dei costi della manodopera e della sicurezza – art. 41, comma 14**

In aderenza a quanto stabilito dalla legge delega, viene espressamente previsto l'obbligo di scorporare dall'importo assoggettato a ribasso non soltanto i costi della sicurezza – come già disposto dall'art. 23 comma 16 del d. lgs. n. 50/2016 – ma anche i costi della manodopera.

### **Valutazione**

È stata recepita la proposta avanzata da ANCE, Associazioni Cooperative e OO.SS. nell'ambito dell'Accordo sulle istanze del settore delle costruzioni, parte integrante del rinnovo CCNL del 3 marzo 2022.

### **Appalto integrato – art. 44**

L'art. 59 del d.lgs. 50/2016 vietava, in linea generale, il ricorso all'appalto integrato, ammettendolo solo ove l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto di affidamento sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo.

Per effetto dell'art. 1, comma 1, lett. b), del d.l. "sblocca cantieri" n. 32/2019, come modificato dall'art. 8, comma 7, del d.l. "semplificazioni" 76/2020 e dall'art. 52, comma 1, lett. a), del d.l. "semplificazioni bis" 77/2021, detto divieto è stato sospeso fino al 30 giugno 2023. Per gli appalti nell'ambito del PNRR/PNC, l'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione è ammesso sulla base di quanto previsto dall'art. 48, comma 5, del d.l. 77/2021.

Il nuovo Codice prevede, ora, che negli appalti di lavori la stazione appaltante, se **qualificata**, può stabilire che il contratto abbia ad oggetto la **progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori** sulla base di un progetto di fattibilità tecnico-economica approvato.

L'offerta dovrà indicare distintamente il corrispettivo relativo alla progettazione e quello relativo all'esecuzione dei lavori

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

### **Valutazione**

La modificazione è positiva nella misura in cui l'utilizzo dell'appalto integrato viene ammesso in via generale. Desti talune perplessità, tuttavia, l'esclusione dell'istituto per le opere di manutenzione ordinaria.

## LIBRO II – DELL'APPALTO

### PARTE I – "SOTTOSOGLIA"

La Parte I del Libro II **raccolge l'insieme delle norme applicabili ai contratti di importo inferiore alle soglie europee.**

Di seguito, la relativa illustrazione.

**Modalità di affidamento - artt. 48 e 50, comma 1**

In primo luogo, si prevede che l'affidamento e l'esecuzione dei contratti "sottosoglia" si svolgono nel **rispetto dei principi generali** di cui al Libro I, Parti I e II (art. 48, comma 1).

Per l'affidamento di tali contratti, il nuovo Codice prevede l'applicazione delle procedure ordinarie – contemplate per il "soprasoglia" e non di quelle della Parte I del Libro II riferite al "sottosoglia" – nel caso in cui la stazione appaltante accerti l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo (art. 48, comma 2).

Al di là di tale ipotesi, per i contratti "sottosoglia" le stazioni appaltanti provvedono:

- mediante **affidamento diretto** per i contratti di **importo inferiore a 150.000 euro**, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti 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 (art. 50, comma 1, lett. b);
- mediante **procedura negoziata senza bando con invito a 5**, (per i lavori di importo **pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro**) o **10 operatori** (per lavori di importo **pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie comunitarie**), individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici.

Resta possibile l'utilizzo delle procedure di gara "ordinarie" sopra 1 milione di euro (art. 50, comma 1, lett. c) e d), senza bisogno di una motivazione specifica.

Le modalità di formazione degli elenchi e le indagini di mercato sono definite nell'allegato II.1.

**FOCUS**

**All. II. 1 – Formazione degli elenchi degli operatori economici e indagini di mercato per gli affidamenti di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea:**

**Art. 1 - disposizioni generali:**

- a) gli operatori economici da invitare alle procedure negoziate per l'affidamento di contratti di lavori da 150.000 a soglia comunitaria sono individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto del criterio di rotazione degli affidamenti;
- b) le stazioni appaltanti possono dotarsi, nel rispetto del proprio ordinamento, di un regolamento in cui sono disciplinate, tra le altre cose, le modalità di conduzione delle indagini di mercato, le modalità di costituzione e revisione dell'elenco degli operatori economici e criteri di scelta dei soggetti da invitare a presentare offerta.



**Art. 2 - Indagini di mercato:**

- c) la stazione appaltante assicura 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, fermo restando l'obbligo di pubblicazione dell'avviso per un periodo minimo di 15 giorni, salva la riduzione del suddetto termine per motivate ragioni di urgenza a non meno di cinque giorni;
- d) l'avviso di avvio dell'indagine di mercato indica anche i criteri utilizzati per la scelta degli operatori. Tali criteri devono essere oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza;
- e) Il sorteggio o altri metodi di estrazione casuale dei nominativi sono consentiti solo in casi eccezionali in cui il ricorso ai criteri oggettivi è impossibile o comporta per la stazione appaltante oneri assolutamente incompatibili con il celere svolgimento della procedura; tali circostanze devono essere esplicitate nella determina a contrarre (o in atto equivalente) e nell'avviso di avvio dell'indagine di mercato.

**Art. 3 - Elenchi di operatori:**

- f) In alternativa all'indagine di mercato, la stazione appaltante può individuare gli operatori economici da invitare, selezionandoli da elenchi appositamente costituiti;
- g) gli elenchi sono costituiti a seguito di avviso pubblico, reso conoscibile mediante pubblicazione sul sito istituzionale della stazione appaltante e sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC;
- h) l'avviso indica i requisiti di carattere generale che gli operatori economici devono possedere, la modalità di selezione degli operatori economici da invitare, le categorie e fasce di importo in cui l'amministrazione intende suddividere l'elenco e gli eventuali requisiti minimi richiesti per l'iscrizione, parametrati in ragione di ciascuna categoria o fascia di importo. L'operatore economico può richiedere l'iscrizione limitata ad una o più fasce di importo, ovvero a singole categorie;
- i) la scelta degli operatori da invitare alla procedura negoziata deve essere effettuata secondo criteri oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza;
- j) 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 periodo che precede è impossibile o comporta per la stazione appaltante oneri assolutamente incompatibili con il celere svolgimento della procedura; possono essere esclusi dall'elenco quegli operatori economici che non presentano offerte a seguito di tre inviti nel biennio.

### **Valutazione**

Come rilevato anche dalle Camere nei propri pareri sullo schema di nuovo Codice, la previsione “a regime” del ricorso generalizzato alla procedura negoziata per l’affidamento degli appalti “sottosoglia” rischia di produrre un eccessivo *vulnus* al mercato.

Pertanto, in prospettiva, tale soglia andrebbe ridotta – l’ANCE ha proposto di portarla a 3 mln di euro, oltre la quale procedere all’invito di tutti i concorrenti che avessero manifestato interesse - stante anche l’impossibilità, per i lavori al di sotto di 1 mln di euro, di ricorrere alle procedure a concorrenza piena.

In ogni caso, essendo la procedura negoziata una procedura a concorrenza ridotta, al fine di consentire la più ampia partecipazione degli operatori economici, sarebbe necessario garantire maggiore pubblicità.

### **Principio di rotazione – art. 49**

L’art. 49 disciplina le modalità operative del **principio di rotazione**, in parte riproducendo le previsioni contenute nelle linee guida ANAC n. 4, in parte innovando la disciplina di riferimento.

In particolare, sotto tale ultimo aspetto, si dispone che, per i contratti affidati con procedure negoziate senza bando le stazioni appaltanti non applicano il principio di rotazione quando l’indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura (art. 49, comma 5).

### **Divieto di sorteggio – art. 50, comma 2**

Si introduce il divieto per le stazioni appaltanti di utilizzare, ai fini della selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi; tuttavia, resta sempre consentito un suo utilizzo, in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate, nei casi in cui non risulti praticabile nessun altro metodo di selezione degli operatori (art. 50, comma 2).

### **Valutazione**

Il sorteggio è un meccanismo che svilisce la qualificazione acquisita dagli operatori economici, in quanto non tiene in alcuna considerazione le effettive capacità dei potenziali concorrenti, vanificando altresì qualunque possibilità di programmazione dell’attività di impresa.

Nell’ultima versione del Codice, andata poi in approvazione, il ricorso al sorteggio sembra essere del tutto residuale, in linea con quanto auspicato da ANCE.

***Criteri di aggiudicazione e commissione giudicatrice – artt. 50, comma 4 e 51***

Per gli affidamenti delle procedure negoziate, viene prevista la possibilità di ricorrere alternativamente **all'OEPV o al massimo ribasso** (vedi anche oltre, commento sub art. 54), ad eccezione dei contratti indicati all'articolo 108 (art. 50, comma 4), tra cui quelli relativi ai lavori caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o con carattere innovativo.

Nel caso di aggiudicazione dei contratti con **il criterio dell'OEPV**, alla commissione giudicatrice può partecipare il RUP, anche in qualità di presidente (art. 51).

***Imprese pubbliche e titolari di diritti speciali o esclusivi operanti nei settori speciali – art. 50, comma 5***

Con riferimento alle **imprese pubbliche**, si prevede che per l'affidamento dei contratti "sotto-soglia" le stesse applichino la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti; nel caso in cui i contratti presentino un interesse transfrontaliero certo, la citata disciplina deve essere conforme ai principi del Trattato sull'UE a tutela della concorrenza.

Gli altri soggetti – SA ed enti concedenti che svolgono una o più attività incluse nei "settori speciali" 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.

**Valutazione**

La disposizione desta talune perplessità poiché, rispetto all'analogia previsione contenuta all'articolo 36, comma 8, del d.lgs. 50/2016, viene introdotto il concetto di interesse transfrontaliero, ai fini dell'adeguamento dei regolamenti ai principi dettati dal trattato UE a tutela della concorrenza. Tale precisazione rischia di consentire ampia – e forse eccessiva – discrezionalità a tali soggetti nell'affidamento dei contratti che non presentino detto interesse.

***Esecuzione anticipata del contratto – art. 50, comma 6***

Viene introdotta la possibilità per la S.A. di ricorrere sempre all'**esecuzione anticipata del contratto**, anche al di fuori dei casi di urgenza, dopo la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario. Nel caso di mancata stipulazione, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori (art. 50, comma 6).

***Sostituzione del certificato di collaudo o del certificato di verifica di conformità – art. 50, comma 7***

In base all'art. 50, comma 7, per i contratti "sotto-soglia" la stazione appaltante può sostituire il certificato di collaudo o il certificato di verifica di conformità con il certificato di regolare

esecuzione, rilasciato dal direttore dei lavori. All'art. 102, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 tale sostituzione è, invece, ammessa nel caso di contratti di lavori "sottosoglia" di importo superiore a 1 milione di euro e nelle ipotesi espressamente individuate.

Il certificato di regolare esecuzione è emesso non oltre tre mesi dalla data di ultimazione delle prestazioni oggetto del contratto.

#### ***Pubblicità – art. 50, commi 8 e 9***

La disposizione prevede, per i bandi e gli avvisi di pre-informazione relativi ai contratti "sottosoglia", la pubblicazione a livello nazionale sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC e sul sito istituzionale della stazione appaltante. Con le stesse modalità è pubblicato l'avviso sui risultati delle procedure di affidamento; nei casi di procedure negoziate senza bando, esso contiene anche l'indicazione dei soggetti invitati.

#### ***Garanzie – art. 53***

L'art. 53 disciplina le **garanzie provvisorie e definitive**.

Con riferimento alle prime, si prevede che la stazione appaltante non richieda più la **garanzia "provvisoria"**, salvo particolari esigenze che ne giustifichino la richiesta, da indicare nei documenti di gara. Quando richiesta, non può superare l'**uno per cento** dell'importo a base di gara (art. 53, comma 2).

Con riguardo alle seconde, si prevede che in casi debitamente motivati, è facoltà della stazione appaltante non richiedere la **garanzia definitiva**. Quando richiesta, è pari al **cinque per cento** dell'importo contrattuale (art. 53, comma 4).

#### **Valutazione**

Positiva, si tratta di un alleggerimento degli oneri a carico della MPMI.

#### ***Esclusione automatica delle offerte anomale – art. 54 e allegato II.2***

La norma individua i casi di applicabilità dell'esclusione automatica delle offerte anomale nell'aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso dei contratti "sottosoglia".

In particolare, al primo comma della norma, si stabilisce che, ove l'appalto non presenti un interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultino anomale, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque. Si esclude esplicitamente che detto sistema trovi applicazione in caso di affidamento diretto con richiesta di più preventivi. È fatta salva, in ogni caso, la facoltà delle stazioni appaltanti di

valutare la congruità di ogni altra offerta che in base ad elementi specifici appaia anormalmente bassa.

**Il comma 2 dell'art. 54 stabilisce che le stazioni appaltanti indicano negli atti di gara il metodo per l'individuazione delle offerte anomale, scelto fra quelli descritti nell'allegato II.2., ovvero lo selezionano in sede di valutazione delle offerte tramite sorteggio tra i metodi compatibili.**

#### **FOCUS**

#### **All. II. 2 – Metodi di calcolo della soglia di anomalia per l'esclusione automatica delle offerte.**

##### **Metodo A)**

##### 1) numero di offerte ammesse pari o superiore a quindici,

Il RUP o la commissione giudicatrice procedono come segue:

- a) calcolo della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del 10 per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;
- b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a), esclusi quelli accantonati di cui alla lettera a);
- c) calcolo della soglia come somma della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico dei ribassi di cui alla lettera b);
- d) la soglia calcolata alla lettera c) viene decrementata di un valore percentuale, pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi di cui alla lettera a), applicato allo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b).

##### 2) Numero di offerte ammesse inferiore a quindici

Il RUP o la commissione giudicatrice procedono come segue:

- a) calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del 10 per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;
- b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a), esclusi quelli accantonati di cui alla lettera a);

- c) calcolo del rapporto tra lo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b) e la media aritmetica di cui alla lettera a);
- d) se il rapporto di cui alla lettera c) è pari o inferiore a zero virgola quindici, la soglia di anomalia è pari al valore della media aritmetica di cui alla lettera a) incrementata del 20 per cento della medesima media aritmetica);
- e) se il rapporto di cui alla lettera c) è superiore a zero virgola quindici, la soglia di anomalia è calcolata come somma della media aritmetica di cui alla lettera a) e dello scarto medio aritmetico di cui alla lettera b).

**Tutti gli sconti superiori alla soglia di anomalia sono automaticamente esclusi. Tra le offerte non escluse, la stazione appaltante individua come vincitrice quella con lo sconto maggiore. Lo sconto di aggiudicazione corrisposto all'impresa aggiudicataria è quello che questa stessa impresa ha presentato. In caso di pareggio tra le offerte di maggior ribasso, il vincitore è deciso con un sorteggio.**

**Metodo B)**

Il metodo si fonda su due elementi: una soglia di anomalia e l'applicazione di una regola del c.d. "secondo prezzo".

La soglia di anomalia è determinata come segue:

- a) calcolo della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del 10 per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;
- b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a), esclusi quelli accantonati di cui alla lettera a);
- c) calcolo della soglia come somma della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico dei ribassi di cui alla lettera b);
- d) calcolo di un valore percentuale pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi di cui alla lettera a) applicato allo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b);
- e) calcolo della somma di tutte le cifre, sia prima che dopo la virgola fino al secondo decimale, della somma dei ribassi di cui alla lettera a);
- f) la soglia di anomalia è uguale alla soglia di cui alla lettera c): 1. decrementata del valore di cui alla lettera d), nel caso in cui il valore di cui alla lettera e) sia pari; 2. incrementata del

valore di cui alla lettera d), nel caso in cui il valore di cui alla lettera e) sia dispari.

**Tutti gli sconti pari o inferiori alla soglia di anomalia sono offerte “non- anomale”. Tra tutte le offerte “non-anomale”, la stazione appaltante individua come vincitrice l’impresa che abbia offerto lo sconto maggiore. Lo sconto di aggiudicazione corrisposto a questa impresa aggiudicataria è pari allo sconto maggiore tra tutti quelli ammessi ed escluso quello dell’impresa aggiudicataria (c.d. “metodo del secondo prezzo”). In caso di pareggio con più offerte identiche allo sconto maggiore, il vincitore è estratto a sorte tra queste offerte e lo sconto di aggiudicazione riconosciuto è pari allo sconto offerto dall’aggiudicataria.**

### **Metodo C)**

La stazione appaltante che applichi tale metodo deve indicare nel bando di gara lo “sconto di riferimento”. Tale sconto è espresso come percentuale della base d’asta rispetto a cui le imprese formulano i loro sconti e rappresenta l’indicazione che la stazione appaltante offre alle imprese della soglia di anomalia, al netto di una componente randomica determinata successivamente in base alle offerte ricevute.

La soglia di anomalia è determinata come segue:

- a) calcolo della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell’effettuare il calcolo del 10 per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;
- b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a), esclusi quelli accantonati di cui alla lettera a);
- c) calcolo di un valore percentuale pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi di cui alla lettera a) applicato allo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b);
- d) calcolo della somma di tutte le cifre, sia prima che dopo la virgola fino al secondo decimale, della somma dei ribassi di cui alla lettera a);
- e) la soglia di anomalia è uguale allo sconto di riferimento di cui al punto 1): 1. decrementata del valore di cui alla lettera c), nel caso in cui il valore di cui alla lettera d) sia pari; 2. incrementata del valore di cui alla lettera c), nel caso in cui il valore di cui alla lettera d) sia dispari.

**Tutti gli sconti superiori alla soglia di cui alla lettera e) sono automaticamente esclusi. Tra le offerte non escluse, incluse quelle inizialmente accantonate per il calcolo di cui alla lettera a), la**

stazione appaltante individua come vincitrice quella con lo sconto maggiore. Lo sconto di aggiudicazione corrisposto all'impresa aggiudicataria è quello che questa stessa impresa ha presentato. In caso di pareggio tra le offerte di maggior ribasso, il vincitore è deciso con un sorteggio. Se tutte le offerte presentate sono anomale, la stazione appaltante valuta l'effettiva anomalia in contraddittorio.

#### **Valutazione**

La conoscibilità del metodo di calcolo della soglia di anomalia delle offerte anomale negli atti iniziali della gara può rischiare di favorire forme di condizionamento nello svolgimento delle procedure. In linea con quanto auspicato da ANCE, rispetto alle versioni iniziali del Codice, è stata introdotta la possibilità, per le stazioni appaltanti, di selezionare il metodo – tra quelli compatibili - tramite sorteggio, da attuare dopo la presentazione delle offerte. Si tratta però di una soluzione ancora parziale al problema.

Quanto ai metodi, per Ance, sarebbe necessaria una modifica tesa a prevedere che:

- la scelta del sistema utilizzato sia sempre automatica e non prevedibile;
- il numero degli elementi di variabilità da utilizzare nel calcolo della soglia venga elevato;
- i diversi metodi di calcolo siano più equilibrati, in modo da evitare situazioni di eccessivo ribasso, senza precludere, al contempo, la presentazione di offerte economicamente convenienti anche per l'amministrazione.

#### **Termini – art. 55**

L'art. 55 disciplina i termini per la stipulazione del contratto, prevedendo che la stessa debba avvenire entro 30 giorni dall'aggiudicazione (art. 55, comma 1).

La norma esclude, poi, l'applicazione dei termini dilatori dello "stand still period" (art. 55, comma 2).

#### **Valutazione**

Pur trattandosi di una misura di snellimento, la previsione in esame rischia di far sì che il risarcimento per equivalente diventi l'unica forma risarcitoria. Se così fosse, stante l'attuale sistema di qualificazione dei lavori, alle imprese verrebbe preclusa una quota importante di lavori da utilizzare a tali fini.



**CLAUSOLE SOCIALI (Art. 57, comma 1) e Impegni dell'operatore economico (Art. 102)**

In attuazione di quanto stabilito dalla legge delega, il comma 1 dell'art. 57 prevede che, per l'affidamento di appalti e concessioni, i bandi di gara, avvisi e inviti – tenuto conto della tipologia di intervento, in particolare ove riguardi il settore dei beni culturali e del paesaggio – devono contenere specifiche clausole sociali, con cui sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate tra l'altro a garantire:

1. le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate;
2. la stabilità occupazionale del personale impiegato;
3. l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, nonché le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare.

Inoltre, tra le disposizioni del Codice dedicate ai requisiti di partecipazione alla gara, è stato introdotto l'art. 102: nei bandi, avvisi e inviti le stazioni appaltanti, tenuto conto della prestazione oggetto del contratto, richiedono agli operatori economici di impegnarsi, oltre che a garantire l'applicazione del contratto collettivo nazionale e territoriale di settore, a “garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato” e a “garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate”.

L'operatore economico deve, inoltre, indicare nell'offerta le modalità con cui intende adempiere ai predetti impegni.

**Valutazione**

Con specifico riferimento alle misure in materia di pari opportunità, si segnala il rischio di un'applicazione indiscriminata delle relative clausole sociali, senza tenere nel debito conto l'oggetto dell'appalto e, quindi, l'effettiva applicabilità delle predette misure. Si segnala peraltro che la legge delega prevedeva di “promuovere” (anziché “garantire”) le pari opportunità.

Analoga considerazione vale per le clausole sociali finalizzate a garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato, che dovrebbero essere circoscritte ai soli casi di c.d. cambio appalto e non inserite in maniera indistinta in qualsiasi bando, con il rischio di risultare inapplicabili per la gran parte dei lavori edili.

Fermo restando quanto sopra, si valuta positivamente, come già detto con riferimento all'arti. 11, l'inserimento nei bandi della clausola relativa all'obbligo di applicazione del contratto collettivo nazionale e territoriale di settore.

**SUDDIVISIONE IN LOTTI – Art. 58**

Per favorire la partecipazione delle micro, piccole e medie imprese, **anche di prossimità**, gli appalti sono **suddivisi in lotti funzionali, prestazionali o quantitativi**.

Viene introdotta la possibilità per le stazioni appaltanti di motivare la mancata suddivisione, tenendo conto dei **principi europei sulla promozione di condizioni di concorrenza paritarie per le piccole e medie imprese**.

Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere **adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese**.

**Valutazione**

Positiva

***Definizione di lotto quantitativo – art. 3***

Nell'allegato I.1 al Codice, viene introdotta, all'art. 3, comma 1, lett. u) la nozione di **lotto quantitativo**, inteso quale *“specifico oggetto di appalto o concessione funzionalmente autonomo da aggiudicare anche con separata e autonoma procedura, definito su base meramente quantitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti o in conformità alle diverse fasi successive del progetto adeguato alla capacità economico-finanziaria delle medie e piccole imprese”*.

**Valutazione**

Positivo il fatto che sia stato precisato che tale lotto deve essere *“adeguato alla capacità economico-finanziaria delle medie e piccole imprese. Al contempo, la norma richiede ancora “l'autonomia funzionale” del lotto quantitativo, che rischia di sovrapporre la nozione con quella di lotto funzionale*.

**ACCORDI QUADRO – Art. 59 e 154**

Le norme disciplinano l'istituto dell'accordo quadro, rispettivamente nei settori ordinari e nei settori speciali, in termini pressoché analoghi a quanto previsto nel Codice n. 50/2016.

L'unica differenza si registra nel termine di durata dell'accordo quadro, fissato sia per i settori ordinari sia per quelli speciali come **non superiore a quattro anni**, a fronte degli otto previsti per i settori speciali dal Codice 50.

**Valutazione**

In chiave emendativa, sarebbe necessario prevedere forme di maggior equilibrio nei rapporti tra committente ed affidatari.

Pertanto, sarebbe opportuno modificare la disciplina, al fine di assicurare all'affidatario un importo minimo di contratto attuativo garantito, cantierabile in via immediata, indicando nel bando sia il relativo importo – che la stazione appaltante potrà liberamente fissare all'interno di una "forchetta" (30-50 per cento dell'importo dell'accordo quadro) – sia la data in cui sarà stipulato il relativo contratto attuativo.

Inoltre, allo scopo di non creare un inutile danno alle imprese in sede di qualificazione, sarebbe necessario chiarire che i certificati di esecuzione lavori debbano essere computati rispetto all'importo complessivo dei lavori eseguiti e non rispetto a quello, più contenuto, dei singoli contratti attuativi sottoscritti.

**REVISIONE PREZZI – Art. 60**

Il nuovo Codice introduce l'obbligo di inserire nei documenti di gara la clausola di revisione dei prezzi, che opera al verificarsi di specifiche condizioni oggettive, che comportino una variazione del costo dell'opera, in aumento o in diminuzione, superiore al 5 per cento dell'importo complessivo e opera nella misura dell'80 per cento della variazione stessa.

Si evidenzia che, a differenza di quanto previsto nella legge delega, fra le suddette condizioni, non è ricompresa la variazione del costo derivante dal rinnovo dei contratti collettivi.

Per il funzionamento del meccanismo revisionale, è previsto l'utilizzo degli indici sintetici di costo di costruzione elaborati dall'ISTAT. Gli indici di costo sono pubblicati, unitamente alla relativa metodologia di calcolo, sul portale istituzionale dell'ISTAT. Con provvedimento adottato dal MIT, sentito l'ISTAT, sono individuate eventuali ulteriori categorie di indici ovvero ulteriori specificazioni tipologiche o merceologiche delle categorie di indici individuate nell'ambito degli indici già prodotti dall'ISTAT.

**Valutazione**

Il testo va nel senso auspicato da ANCE, laddove introduce un meccanismo di revisione prezzi obbligatorio e legato ad indici ISTAT, con cadenza ravvicinata.

Tuttavia, sarebbe necessario fissare le percentuali nel 2 per cento dell'importo complessivo del contratto, come soglia oltre la quale scatta la revisione dei prezzi, e nel 90 per cento, come misura della variazione dei prezzi che viene riconosciuta all'impresa.

Infine, si valuta negativamente il mancato recepimento del riferimento alle variazioni di costo derivanti dal rinnovo del CCNL .

### **CONTRATTI RISERVATI – art. 61**

Come stabilito dalla legge delega, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e quelle di concessione o possono riservarne l'esecuzione a operatori economici e a cooperative sociali e loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate, o possono riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il 30 per cento dei lavoratori dei suddetti operatori economici sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati.

Si prevede altresì che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti prevedono nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, come requisiti necessari o come ulteriori requisiti premiali dell'offerta, meccanismi e strumenti idonei a realizzare le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate.

#### **FOCUS**

##### **Allegato II.3**

In sede di prima applicazione del codice, l'art. 61 rinvia all'allegato II.3 per la previsione di meccanismi e strumenti premiali per realizzare le pari opportunità generazionali e di genere e per promuovere l'inclusione lavorativa delle persone disabili.

In realtà, il suddetto allegato II.3 riproduce, senza peraltro più circoscriverle agli appalti PNRR/PNC, le disposizioni dell'art. 47 del DL n. 77/2021.

Al di là delle perplessità suscitate dall'inusuale tecnica legislativa e nell'attesa di verificare l'effettivo ambito di applicazione del predetto allegato, sono di tutta evidenza le criticità che deriverebbero da una sua applicazione generalizzata anche agli appalti di lavori.

### **PARTE III – DEI SOGGETTI**

#### **QUALIFICAZIONE DELLE STAZIONI APPALTANTI – Art. 62 – 63**

Il nuovo Codice dedica due articoli e un allegato alla centralizzazione e qualificazione delle stazioni appaltanti, già disciplinata nel dettaglio dalla delibera ANAC del 28 settembre 2022, n. 441 (v. art. 1 dell'allegato II.4).

Per la prima volta, viene fatta una sostanziale distinzione tra stazioni appaltanti qualificate e non qualificate, stabilendo che la **qualificazione è necessaria per tutte le acquisizioni di importo superiore a 500.000 euro**. Superato tale limite, le stazioni appaltanti non qualificate devono ricorrere a strumenti di acquisto messi a disposizione da altre stazioni appaltanti qualificate o centrali di committenza qualificate, o direttamente all'attività di committenza ausiliaria di altri soggetti qualificati (art. 62). Tali soggetti possono provvedere alla nomina di un supporto al RUP.

Le stazioni appaltanti qualificate e le centrali di committenza qualificate sono scelte dai soggetti non qualificati all'interno di un elenco tenuto dall'ANAC. Le stazioni appaltanti qualificate eseguono i contratti per conto delle stazioni appaltanti non qualificate quando queste ultime vi abbiano fatto ricorso. Sono previste sanzioni a carico delle stazioni appaltanti e centrali di committenza che rifiutino l'assegnazione d'ufficio da parte dell'ANAC.

Sono **previsti 3 livelli di qualificazione per la progettazione e l'affidamento degli appalti** (v. L3 fino a 1 milione di euro; L2 fino a soglia comunitaria; L1 illimitata), attribuiti dall'ANAC sulla base dei requisiti auto dichiarati dalle stesse stazioni appaltanti (art. 63). I livelli sono attribuiti principalmente in ragione dell'organizzazione interna, delle competenze e della formazione del personale della stazione appaltante nonché sulle gare svolte nell'ultimo quinquennio e della regolare trasmissione dei relativi dati all'ANAC. Possono inoltre essere disciplinati dall'Autorità requisiti specifici di qualificazione per l'affidamento di contratti di partenariato pubblico-privato.

Ove, per qualsiasi motivo, la qualificazione venga meno o sia sospesa, le procedure in corso possono comunque essere portate a compimento (art. 63).

Sono qualificati di diritto i soggetti iscritti nell'apposito elenco (v. ad es. MIT, Consip, Invitalia, Agenzia del Demanio), nonché stazioni appaltanti formate da unione di comuni, dai comuni capoluogo di provincia e delle regioni. Eventuali ulteriori iscrizioni di diritto potranno essere disposte con le modalità di cui allo stesso Codice.

**FOCUS****ALLEGATO II.4 - Qualificazione delle stazioni appaltanti**

Sebbene i requisiti di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza siano declinati dalle Linee Guida (art. 1), l'allegato II.4 prevede anche la possibilità di una modifica successiva con atto del Governo, nelle cui more è disegnata una disciplina transitoria specifica, in cui i soggetti:

- qualificati per la progettazione e/o per l'affidamento di lavori sono qualificati, anche per l'esecuzione di lavori;
- non qualificati per la progettazione e l'affidamento di lavori possono eseguire i contratti se sono iscritte ad AUSA e sono in possesso di una figura tecnica in grado di svolgere le funzioni di RUP.

**Valutazione**

Il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti contenuto nel nuovo Codice appare poco selettivo nei requisiti e confinato oltre una soglia di importo, che esclude una consistente quota di appalti. Inoltre, appare critica la scelta di un ampio numero di soggetti qualificati di diritto e di soggetti qualificati “con riserva” (v. stazioni uniche appaltanti delle città metropolitane e delle province).

In tal modo, si corre il rischio di vanificare l’obiettivo primario, ossia quello di incrementare la qualità degli appalti dal lato delle stazioni appaltanti, da sempre auspicata da ANCE. Infatti, utilizzando il simulatore messo a disposizione dall’ANAC, emerge che, ai fini della qualificazione L3, tra euro 500.000 e euro 1.000.000, è sufficiente che una Stazione appaltante - con un solo dipendente adibito agli appalti - abbia svolto, nell’ultimo quinquennio, una gara di importo superiore sopra un milione di euro (con OEPV) e altre quattro almeno di importo superiore a € 150.000 (al massimo ribasso). A ciò si aggiungano i primi due anni, in cui sono previsti degli sconti sui punteggi minimi.

**CONSORZI NON NECESSARI – Art. 67**

Gli artt. dal 65 al 69 contengono la disciplina degli operatori economici che possono stipulare i contratti d’appalto pubblici (v. definizione di cui all’articolo 1 lettera l) dell’allegato I.1 al Codice appalti). Tra questi ultimi, vengono **disciplinati in un unico articolo i consorzi di cooperative, artigiani e stabili**, che lo stesso Codice definisce consorzi “*non necessari*” (art. 67).

Come nel precedente sistema di qualificazione dei consorzi, viene mantenuta una sostanziale differenza tra consorzi cooperativi e artigiani rispetto ai consorzi stabili. In particolare, se per i primi due la qualificazione è basata sui requisiti a disposizione delle consorziate, per i consorzi stabili viene replicato il contenuto dell’articolo 36, comma 7 del d.lgs. 163/2006.

Rimane quindi la possibilità per detti consorzi stabili di qualificarsi attraverso la sommatoria delle qualificazioni delle proprie consorziate. Per questi, il comma 3 dell’art. 67 prevede che i requisiti generali di cui agli articoli 94 e 95 sono posseduti sia dalle consorziate esecutrici che dalle consorziate che prestano i requisiti.

La qualificazione dei consorzi è disciplinata dall’Allegato II.12, temporaneamente vigente, poiché il Codice stesso rimanda al futuro regolamento, che tra i vari argomenti, andrà a disciplinare l’istituto del “cumulo” dei requisiti.

Inoltre, a differenza della disciplina previgente, non è più automatica l'esclusione dalla gara per il consorzio indicato che partecipa autonomamente alla stessa gara (v. CGUE del 28 aprile 2022 in causa C-642/20).

Infine, per la prima volta, viene positivamente introdotto un generale divieto di avvalimento per i requisiti che non siano maturati direttamente dal consorzio.

#### **Valutazione**

In materia di consorzi stabili, appare cruciale il futuro regolamento sulla qualificazione che, al netto di futuri ed eventuali correttivi al Codice, dovrà eliminare quelle "storture", manifestatesi negli ultimi anni, che hanno portato a fenomeni "anticoncorrenziali", talora a danno del tessuto imprenditoriale sano e qualificato. In particolare, salvaguardando la funzione di strumento di sviluppo imprenditoriale propria del consorzio stabile, occorrerebbe prevedere:

- un limite massimo di partecipanti al consorzio;
- una limitazione al principio del c.d. "cumulo alla rinfusa";
- l'obbligo per l'impresa consorziata esecutrice di possedere alcuni requisiti minimi proporzionati al lavoro da eseguire.

#### **RAGGRUPPAMENTI D'IMPRESA – Art. 68**

Nel nuovo Codice viene meno la definizione di ATI verticali e orizzontali, ciò in funzione della completa revisione della loro qualificazione in gara, che prevede, in ottemperanza alle indicazioni della Corte di Giustizia UE (v. causa C-642/20), l'eliminazione di qualsiasi riferimento a percentuali o quote per mandante/i e mandataria. **Non è quindi più previsto che la mandataria debba qualificarsi e/o eseguire una quota maggioritaria dell'appalto rispetto alle mandanti** (art. 68 e anche allegato II.12).

Inoltre, sempre in ottemperanza all'orientamento della CGEU (v. anche procedure d'infrazione 2018/2273), **viene meno l'assoluto divieto di contemporanea partecipazione autonoma del soggetto che partecipa alla stessa gara in forma raggruppata** e viene data una maggiore flessibilità alla sostituzione, in gara o in esecuzione, del soggetto raggruppato o consorziato (v. anche art. 97).

Viene confermato l'istituto della cooptazione, pertanto i concorrenti, anche riuniti in ATI, possono raggruppare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il 20 per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori.

Infine, nel caso di costituzione di una società, anche consortile, per l'esecuzione dell'appalto, si prevede che la responsabilità solidale del raggruppamento o consorzio ordinario si estenda anche al primo soggetto.

#### **Valutazione**

In linea con gli auspici dell'ANCE, è stato reintrodotta l'istituto pro-concorrenziale della cooptazione. Inoltre, è stato previsto che la revoca del mandato per inadempimento della mandataria non sia condizionata al consenso di quest'ultima.

### **PARTE IV – DELLE PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE**

#### **PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE – ART. 70**

La norma prevede che per l'aggiudicazione di appalti pubblici le stazioni appaltanti utilizzano la **procedura aperta**, la procedura **ristretta**, la procedura **competitiva con negoziazione**, il **dialogo competitivo** e il **partenariato per l'innovazione**.

Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti **concludono le procedure di selezione** nei termini indicati nell'**allegato I.3** (su cui v. *supra*).

### **PARTE V - DELLO SVOLGIMENTO DELLE PROCEDURE**

#### **PUBBLICAZIONE A LIVELLO NAZIONALE – Art. 85**

La norma prevede che le e **pubblicazioni di bandi ed avvisi**, a livello nazionale, avvengano sulla banca dati ANAC e sul sito istituzionale della stazione appaltante **senza oneri** (art. 85, comma 5).

Si prevede che fino all'adozione del provvedimento con cui ANAC rende operativa la pubblicità legale attraverso la Banca Nazionale dei contratti pubblici (entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore del Codice), **i costi di pubblicazione in gazzetta sono a carico dell'aggiudicatario** (art. 226, comma 2).

#### **COMMISSIONE GIUDICATRICE – Art. 93**

Nel nuovo Codice la disciplina della commissione di gara **viene interamente rivista**. In attuazione di quanto previsto dalla legge delega, dalla logica dell'albo nazionale dei commissari – istituto, peraltro, mai entrato in funzione – si passa alla regola della composizione interna.

In particolare, si stabilisce che 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. Inoltre, viene definitivamente chiarito che anche il RUP può far parte della commissione giudicatrice. Infatti, come specificato nella Relazione illustrativa *“l’incompatibilità assoluta tra i ruoli di RUP e di componente della commissione giudicatrice era stata già superata dal decreto legislativo n. 56 del 2017, che aveva introdotto un secondo periodo al comma 4 dell’art. 77 del decreto legislativo n. 50 del 2016, secondo cui «la nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura», norma, tuttavia, di non univoca interpretazione”*.

In mancanza di adeguate professionalità in organico, la stazione appaltante può scegliere il Presidente e i singoli componenti della commissione anche tra funzionari di altre amministrazioni e, in caso di documentata indisponibilità, tra professionisti esterni.

Infine, si prevede espressamente per la prima volta che la commissione giudicatrice possa essere chiamata dal responsabile del procedimento a svolgere attività di supporto ai fini della verifica dell’anomalia dell’offerta.

#### **REQUISITI DI ORDINE GENERALE– Artt. 94-98**

In via preliminare, si evidenzia che la disciplina relativa alle cause di esclusione viene suddivisa in cinque distinte disposizioni:

- art. 94 - cause di esclusione automatica;
- art. 95 - cause di esclusione non automatica;
- art. 96 - disciplina dell’esclusione;
- art. 97 – cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti;
- art. 98 - illecito professionale.

#### ***Cause di esclusione automatica – art. 94***

Tale disposizione individua le **cause di esclusione automatica e i soggetti** idonei a determinare l’esclusione dell’operatore economico dalla procedura di gara.

Fra le novità, si evidenzia che, ai fini dell’esclusione, non rileva più la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti (c.d. patteggiamento) per i reati gravi elencati dalla norma stessa.

Inoltre, viene prevista l’inoperatività della causa di esclusione discendente dall’emissione di una misura interdittiva antimafia ove l’impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario *ex art. 34-bis* del d.lgs. 159/2011 entro la data di aggiudicazione (art. 94, comma 2).

Fra i soggetti da sottoporre a verifica, viene eliminato il riferimento ai c.d. cessati e inserito il riferimento all’amministratore di fatto (art. 94, comma 3). Viene inoltre previsto che qualora il socio sia una persona giuridica l’esclusione opera se i presupposti si siano verificati a carico degli amministratori (art. 94, comma 4).

Al comma 6, viene disciplinata la **causa di esclusione automatica in presenza di gravi violazioni definitivamente accertate**, rinviando all'Allegato II.10 la definizione del concetto di "gravità" (importo superiore a 5.000 euro) e della "definitività" della violazione, che riproduce l'attuale contenuto del suddetto comma 4, primo e secondo periodo, dell'art. 80.

In conclusione, la disciplina, sotto questi profili, è rimasta pressoché invariata rispetto a quella precedente.

Sempre al comma 6, si prevede l'esclusione automatica dell'operatore economico che ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento dei **contributi previdenziali**, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. A tal fine, viene richiamato l'**allegato II.10**, che specifica, come previsto dalla normativa previgente, che costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostantive al rilascio del DURC.

#### ***Cause di esclusione non automatica – art. 95***

La norma contiene le **cause di esclusione "non automatiche"**, in passato in massima parte disciplinate al comma 5 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016.

Il nuovo Codice ha, in particolare, ritenuto di indicare all'art. 95 tutte quelle cause facoltative di esclusione "diverse" dall'illecito professionale e di disciplinare tale fattispecie in un articolo autonomo (art. 98 su cui v. *infra*).

Al comma 2, viene prevista la **causa di esclusione "non automatica" in presenza di violazioni non definitivamente accertate**, rinviando all'Allegato II.10, nel quale viene riportato il contenuto del DM 28 settembre 2022, che ha stabilito le modalità operative di tale causa di esclusione (es. ammontare della violazione almeno pari al 10% del valore dell'appalto con un minimo di 35.000 euro), come precedentemente prevista dal co.4, quinto periodo, dell'art.80 del decreto legislativo n. 50/2016. Per effetto di ciò viene, quindi, disposta l'abrogazione del DM 28 settembre 2022 (art.226, co.3, lett.g, del provvedimento in commento)

L'unica disposizione del DM 28 settembre 2022 non riportata nell'Allegato II.10 è quella oggi contenuta nell'art.5 che, nelle more dell'operatività della Banca dati nazionale dei contratti pubblici, rinvia alla Deliberazione ANAC n.157 del 17 febbraio 2016 per l'individuazione dei tributi il cui mancato pagamento configura l'irregolarità fiscale, ai fini della partecipazione alle gare (si tratta di una serie di tributi, individuati da appositi codici, riferiti ad imposte gestite dall'Agenzia delle Entrate ed oggetto di riscossione nazionale).

In conclusione, la disciplina, sotto questi profili, è rimasta pressoché invariata rispetto a quella precedente.

Si segnala, inoltre, che il medesimo comma 2 prevede che la stazione appaltante esclude un operatore economico qualora ritenga che lo stesso ha commesso gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento dei **contributi previdenziali**. A tal fine, è richiamato l'allegato II.10, che specifica che costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostantive al rilascio del DURC. Inoltre, come peraltro espressamente richiesto dall'Ance, il medesimo allegato chiarisce che *"In relazione agli articoli 94, comma 6 e 95 comma 2, si considera mezzo di prova, con riferimento ai contributi previdenziali e assistenziali, il documento unico di regolarità contributiva acquisito d'ufficio dalle stazioni appaltanti presso gli istituti previdenziali ai sensi della normativa vigente"*.

### **Disciplina dell'esclusione – art. 96**

Tale disposizione contiene la disciplina procedimentale comune alle fattispecie che conducono alla esclusione dell'operatore economico.

Rispetto al Codice n. 50/2016, si introduce una **nuova versione allargata del self cleaning**. Alla luce delle modificazioni introdotte, l'operatore economico può:

- ove le cause di esclusione si siano verificate prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, comprovare di avere adottato le misure di *self cleaning* ovvero comprovare l'impossibilità di adottare dette misure prima della presentazione dell'offerta e successivamente ottemperare;
- ove le cause di esclusione si siano verificate successivamente alla presentazione dell'offerta, adottare e comunicare alla stazione appaltante le suddette misure.

Inoltre, la norma individua la **decorrenza iniziale del termine triennale per le fattispecie costituenti ipotesi di illecito professionale, fissandola alla data del provvedimento**.

#### **Valutazione**

Al fine di garantire una situazione di piena certezza alle imprese partecipanti alla gara, ed evitare un eccessivo prolungamento del periodo di interdizione a causa delle lungaggini processuali, sarebbe auspicabile una modifica volta a far decorrere il triennio di rilevanza temporale dell'illecito professionale dalla commissione del fatto, in linea con quanto previsto dalle direttive UE.

### **Cause di esclusione del raggruppamento d'impresa – art. 97**

Rispetto al Codice n. 50/2016, viene introdotta in un'unica e specifica disposizione la disciplina relativa alle esclusioni per i RTI e i consorzi.

In particolare, si prevede che in caso di mancato possesso dei requisiti generali/speciali da parte di un'impresa partecipante al raggruppamento, quest'ultimo – per non essere escluso – può comprovare di aver estromesso l'impresa interessata o di averla sostituita con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata (sul punto, v. Corte di giustizia, sez. IX, 3 giugno 2021, causa C-210/20).

### ***Illecito professionale – art. 98***

La norma definisce la fattispecie escludente dell'illecito professionale.

Tale articolo:

- enumera e descrive le fattispecie rilevanti;
- individua i mezzi di prova;
- chiarisce la portata dell'obbligo motivazionale, ove si voglia disporre l'esclusione dell'operatore economico.

In particolare, ai sensi del comma 3, **rilevano quale grave illecito professionale:**

- a) sanzione esecutiva irrogata dall'AGCM o da altra autorità di settore, rilevante in relazione all'oggetto specifico dell'appalto;
- b) condotta dell'operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio oppure che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione;
- c) condotta dell'operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, derivanti da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale;
- d) condotta dell'operatore economico che abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori (che nel Codice n. 50/2016 rilevava solo ove riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato);
- e) condotta dell'operatore economico che abbia violato il divieto di intestazione fiduciaria di cui all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55, laddove la violazione non sia stata rimossa;
- f) omessa denuncia all'autorità giudiziaria da parte dell'operatore economico persona offesa dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 c.p. aggravati ai sensi dell'articolo 416-*bis*.1 del medesimo codice salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. Tale circostanza deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato per i reati di cui al primo

- periodo nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'ANAC, la quale ne cura la pubblicazione;
- g) contestata commissione da parte dell'operatore economico, ovvero dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94 di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo articolo 94;
  - h) contestata o accertata commissione, da parte dell'operatore economico oppure dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94, di taluno dei seguenti reati consumati:
    - i. abusivo esercizio di una professione, ai sensi dell'articolo 348 del codice penale;
    - ii. bancarotta semplice, bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare o ricorso abusivo al credito, di cui agli articoli 216, 217, 218 e 220 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;
    - iii. i reati tributari ai sensi del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, i delitti societari di cui agli articoli 2621 e seguenti del codice civile o i delitti contro l'industria e il commercio di cui agli articoli da 513 a 517 del codice penale;
    - iv. i reati urbanistici di cui all'articolo 44, comma 1, lettere b) e c), del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria;
    - v. i reati previsti dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.

Sotto tale profilo, rispetto al Codice 50 e alle bozze iniziali del nuovo Codice, la figura dell'illecito professionale è stata maggiormente tipizzata, attraverso l'eliminazione della possibilità di valutare in chiave espulsiva ogni condotta – anche diversa da quelle indicate dalla medesima norma – la cui gravità sia idonea ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'impresa.

Anche con riferimento ai mezzi di prova, si registrano dei passi in avanti.

In particolare, si prevede che, in relazione ai reati sopra richiamati che possono rilevare quale illecito professionale, la stazione appaltante non può tenere conto, ai fini dell'esclusione dell'impresa, di rinvii a giudizio e sentenze di patteggiamento, ma solo di sentenze di condanna definitive, decreti penali di condanna irrevocabili, condanne non definitive, e di provvedimenti cautelari reali o personali.

Tale limitazione non opera con riferimento ai reati "gravi" di cui all'art. 94, ossia quelli che danno luogo all'esclusione automatica del concorrente.

#### **Valutazione**

Il testo della norma va nel senso auspicato da ANCE, laddove prevede una tipizzazione delle fattispecie che possono assumere rilevanza ai fini dell'illecito professionale. È da valutarsi positivamente anche l'esclusione della rilevanza del patteggiamento e del rinvio a giudizio per una serie reati, di cui all'art. 98, comma 3, lettera h (tra cui, ad esempio, i reati previsti dal D.Lgs. n. 231/2001).

Al contempo, la norma consente ancora alle stazioni appaltanti la possibilità di riconoscere, ai fini dell'illecito professionale, alcune fattispecie non definitive, se riferite ai reati più gravi, di cui all'art. 94 (tra i quali sono compresi anche i reati contro la pubblica amministrazione). Su questo aspetto, si rende opportuna una modifica, nel primo provvedimento correttivo utile.

### ***Verifica del possesso dei requisiti – art. 99***

Si stabilizza il riferimento al **Fascicolo virtuale dell'operatore economico** per l'accertamento del possesso dei requisiti generali/speciali, dando anche la possibilità di ricorrere ad altre banche dati. Si introduce il divieto, per le stazioni appaltanti, di richiedere agli operatori economici documenti a comprova del possesso dei requisiti di partecipazione o altra documentazione utile ai fini dell'aggiudicazione, già presenti nel fascicolo (o già nella disponibilità della stazione appaltante, per effetto di una precedente aggiudicazione o conclusione di un accordo quadro).

### **QUALIFICAZIONE SOA – Art. 100**

L'art. 100, nel disciplinare i requisiti speciali di partecipazione alla gara, presenta taluni profili innovativi rispetto alla disciplina previgente.

Infatti, nell'ambito dei lavori, si prevede "a regime" che a rilasciare l'attestazione di qualificazione **siano organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC**, che dovrebbero sostituire le SOA. Nelle more dell'emanazione del regolamento sulla qualificazione, queste ultime applicheranno l'allegato II.12 che riproduce sostanzialmente le disposizioni di cui agli articoli da 60 a 91 del d.P.R. n. 207 del 2010, riallineate e parzialmente rese coerenti con le nuove disposizioni del Codice (v. *infra focus allegato II.12*).

Il Regolamento – adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, sentita l'ANAC – andrà a sostituire l'allegato II.12 del Codice e **disciplinerà, oltre che i lavori, anche la qualificazione per gli appalti di servizi e forniture**, nonché il regime sanzionatorio affidato all'ANAC.

Nella disposizione, dopo aver espresso il principio generale secondo cui le stazioni appaltanti richiedono in gara "*requisiti di partecipazione proporzionati e attinenti all'oggetto dell'appalto*", il

Codice elenca i requisiti generali e speciali che gli operatori economici devono dimostrare ai fini del rilascio dell'attestazione.

Rispetto al d.lgs. 50/2016, sussiste una rilevante novità sui **requisiti generali**, da verificare, al pari di quelli speciali, attraverso il fascicolo virtuale dell'operatore economico. Infatti, l'organismo di attestazione non è più tenuto a verificare l'assenza di tutte le cause di esclusione, ma solo quelle **dell'ultimo triennio precedente alla domanda** di rilascio o rinnovo dell'attestazione.

Nelle more dell'adozione del Regolamento sulla qualificazione, rimane invece invariato il periodo utilizzabile dalle SOA ai fini del rilascio dell'attestazione con durata quinquennale, **che continua ad essere di 15 anni**.

Infine, per quanto riguarda gli appalti di maggiore importo, a questi è dedicato l'intero art. 103, che riproduce l'art. 84, comma 7, del vigente d.lgs. 50/2016.

Previsto l'obbligo di segnalazione all'ANAC, da parte degli organismi di attestazione, delle dichiarazioni o documentazioni mendaci rese dall'operatore economico.

#### **FOCUS**

##### ***ALLEGATO II.12 - Sistema di qualificazione e requisiti per gli esecutori di lavori (v. art. 100 del codice e dpr 207/2010)***

Sebbene l'allegato II.12 riproduca sostanzialmente il testo del DPR 207/2010, vengono previste alcune novità riguardanti le SOA e la qualificazione delle imprese.

Per le prime, l'introduzione del FVOE determina il **superamento dell'obbligo di conservazione della documentazione di attestazione** e il potere di **iscrivere direttamente le annotazioni sul Casellario informatico**. Per le imprese viene:

1. semplificata la qualificazione dei concorrenti esteri (art. 3, co. 1);
2. introdotta l'idoneità professionale, attestata non solo con l'iscrizione alla CCIAA, ma anche al registro delle commissioni provinciali per l'artigianato o presso i competenti ordini professionali (v. art. 18, co. 5);
3. affidata all'ANAC la redazione e disciplina dei nuovi modelli di CEL (art. 21, co. 5);
4. riformulata la disciplina per l'accertamento dei lavori eseguiti all'estero (art. 22);
5. **massimizzato il cd. "premio di coordinamento"**, riconoscendo all'appaltatore l'intero importo dell'appalto indipendentemente da quanto subappaltato;
6. **confermato il cd "avalimento stabile"** ossia la possibilità di attestazione tramite i requisiti infragruppo (art. 26, co. 2);
7. **eliminato il riferimento alla dimostrazione in gara a quote minime di mandanti e mandataria** (art. 30);
8. **eliminato l'obbligo di una quota massima sul subappalto delle SIOS, di cui non è prevista più alcuna elencazione** (art. 30);

9. **cancellata la distinzione fra categorie a qualificazione obbligatoria e non obbligatoria**, di conseguenza l'operatore deve essere sempre qualificato nella categoria che esegue.

L'allegato prevede, inoltre, la disciplina per la qualificazione dei soggetti affidatari dei servizi di ingegneria e architettura, e la qualificazione a contraente generale (art. 34 e ss.).

#### **Valutazione**

Critica appare la disposizione che stabilisce solo in via transitoria la durata quinquennale dell'attestazione, nonché il periodo di 15 anni da cui calcolare i requisiti di qualificazione.

In chiave emendativa, andrà peraltro attuato il coordinamento – ora mancante – tra le disposizioni che nell'allegato ricalcano il d.P.R. 207/2010 (emesso a valle del d.lgs. 163/2006) con il testo del nuovo Codice. In particolare, il Codice stabilisce una disciplina ad hoc "facoltativa" per la qualificazione integrativa alla SOA, negli appalti di importo superiore a 20 mln di euro (v. art. 103 del Codice e art. 2, co. 6, dell'allegato).

#### **SOCCORSO ISTRUTTORIO – Art. 101**

L'art. 101 individua i presupposti e i termini per attivare il **soccorso istruttorio**. A differenza del Codice 50, la disciplina dell'istituto è contenuta in un'apposita disposizione e non in un solo comma (ossia, il comma 9 dell'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016).

Sul piano sostanziale, la prima novità riguarda l'introduzione, accanto al termine massimo di 10 giorni assegnato dalla stazione appaltante all'operatore economico per l'espletamento del soccorso istruttorio, di un **termine minimo fissato in 5 giorni**. Inoltre, si chiarisce che l'istituto non potrà essere attivato ove al momento della scadenza del termine di presentazione dell'offerta il documento da integrare sia presente nel **Fascicolo virtuale dell'operatore economico**.

Viene, poi, eliminata la distinzione fra irregolarità essenziali e non essenziali. In particolare, la norma chiarisce che la stazione appaltante dovrà attivare il soccorso istruttorio allo scopo di:

- **integrare la documentazione** trasmessa con la domanda di partecipazione o con il documento di gara unico europeo, ivi compresa la mancata presentazione della garanzia provvisoria, del contratto di avalimento e dell'impegno a conferire mandato collettivo speciale in caso di raggruppamenti non ancora costituiti, purché aventi data certa anteriore al termine di presentazione delle offerte;
- **sanare eventuali omissioni, inesattezze ed irregolarità** della domanda di partecipazione, del documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto per la



partecipazione alla procedura.

È esclusa dalle integrazioni e sanatorie la documentazione che compone l'offerta tecnica e quella economica; non sono sanabili neppure le omissioni, inesattezze e irregolarità che rendano assolutamente incerta l'identità del concorrente.

L'operatore economico è tenuto ad adempiere alle richieste della stazione appaltante nel termine stabilito, pena l'esclusione dalla procedura.

Un'ulteriore novità riguarda la codificazione del **soccorso istruttorio "specificativo"**, in base al quale la stazione appaltante può richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato, purché non ne sia modificato il contenuto.

Infine, la norma consente all'operatore economico di richiedere – fino al giorno fissato per l'apertura delle offerte – la **rettifica dell'eventuale errore materiale** contenuto nell'offerta tecnica o economica, a condizione che la stessa non comporti la presentazione di una nuova offerta, o comunque la sua modifica sostanziale, e che resti comunque assicurato l'anonimato.

#### **AVVALIMENTO – Art. 104**

L'art. 104 è dedicato all'avvalimento.

Rispetto alla disciplina previgente, viene introdotto l'**avvalimento premiale**, per migliorare la **propria offerta** (art. 104, comma 4).

#### **Valutazione**

Critica la previsione di un avvalimento in funzione premiale.

#### **GARANZIE PER LA PARTECIPAZIONE ALLA PROCEDURA – Art. 106**

In tema di garanzie per la partecipazione alla procedura, l'art. 106 prevede che la garanzia provvisoria sia di norma pari al 2 per cento; la S.A. può motivatamente ridurre l'importo della cauzione sino all'1 per cento oppure incrementarlo sino al 4 per cento, al fine di renderlo proporzionato e adeguato alla natura delle prestazioni oggetto dell'affidamento e al grado di rischio a esso connesso.

La garanzia fideiussoria deve obbligatoriamente essere emessa e firmata digitalmente; essa deve essere, altresì, verificabile telematicamente presso l'emittente ovvero gestita mediante ricorso a piattaforme digitali specificate.

Al comma 8 della norma, sono indicate le fattispecie che comportano una riduzione dell'importo della garanzia. In particolare, si prevede:

- riduzione del 30 per cento – e non più del 50 per cento – in caso di possesso della certificazione del sistema di qualità;
- riduzione del 50 per cento nei confronti delle micro, delle piccole e delle medie imprese e dei raggruppamenti di operatori economici o consorzi ordinari costituiti esclusivamente da micro, piccole e medie imprese (non cumulabile con quella del 30 per cento sopra richiamata);
- riduzione del 10 per cento in caso di garanzia gestita mediante ricorso a piattaforme operanti con tecnologie basate su registri distribuiti (cumulabile sia con quella del 30, sia quella 50 per cento);
- riduzione fino ad un importo massimo del 20 per cento qualora l'operatore economico posseda una o più delle certificazioni individuate dall'**allegato II.13**. Tale riduzione è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante (cumulabile con quelle del 30 e del 50 per cento).

Per quanto di interesse, viene infine eliminato l'attuale obbligo di corredare l'offerta con l'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia definitiva, riducendo così gli oneri posti a carico degli operatori.

#### **Valutazione**

A seguito delle sollecitazioni di ANCE, è stata reintrodotta nel corso dei lavori sul Codice la riduzione dell'importo della garanzia (sia provvisoria che, definitiva, su cui vedi art. 117, comma 3, ultimo periodo) per gli operatori in possesso della certificazione europea del sistema di qualità, ancorchè al 30 per cento (nel Codice 50 era del 50%). Si evidenzia però che tale percentuale è cumulabile con talune ulteriori riduzioni, di cui al comma 8.

#### **PRINCIPI GENERALI IN MATERIA DI SELEZIONE – Art. 107**

L'art. 107 disciplina i principi generali in materia di selezione degli offerenti.

Per quanto di interesse, si evidenzia che al comma 3 viene **generalizzato e stabilizzato l'istituto dell'inversione procedimentale**. Tale istituto, già previsto per i settori speciali dall'art. 133, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, è stato introdotto in via sperimentale anche nel settore degli appalti ordinari dal d.l. "sblocca cantieri" n. 32/2019. Il perimetro temporale di applicazione della misura è stato poi esteso, sino al 30 giugno 2023, dal d.l. "semplificazioni bis" n. 77/2021.

Nel dettaglio, l'istituto prevede che nelle **procedure aperte** la stazione appaltante può decidere che le offerte siano esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata se prevista dagli atti di gara e, qualora la stazione appaltante decida di avvalersene, deve garantire che la verifica dell'assenza dei motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente.

### **CRITERI DI AGGIUDCAZIONE DEGLI APPALTI – Art. 108**

L'art. 108 indica i **criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici**, ossia prezzo più basso e offerta economicamente più vantaggiosa.

**Con riferimento a tale ultimo criterio, viene soppresso** – rispetto al Codice 50/2016 – **il tetto massimo del 30 per cento** per l'incidenza dell'elemento **prezzo**, che rimane solo in relazione ai contratti ad alta intensità di manodopera (art. 108, comma 4; nelle attività di approvvigionamento di beni e servizi informatici il tetto massimo è fissato al 10 per cento).

Con riferimento agli **elementi qualitativi dell'offerta**, si prevede, innovando rispetto al Codice 50, che le stazioni appaltanti possano prevedere criteri premiali atti a favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese nella valutazione dell'offerta e a promuovere, per le **prestazioni dipendenti dal principio di prossimità per la loro efficiente gestione**, l'affidamento ad **operatori economici con sede operativa nell'ambito territoriale di riferimento** (art. 108, comma 7).

Inoltre, al fine di **promuovere la parità di genere**, le stazioni appaltanti prevedono nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, il maggior punteggio da attribuire alle imprese che attestano, anche a mezzo di autocertificazione, il possesso dei requisiti di cui all'art. 46-*bis* del codice delle pari opportunità, di cui al d.lgs. n. 198/2006 (art. 108, comma 7).

#### **Valutazione**

La soppressione del tetto massimo per il punteggio economico rischia di trasformare il criterio dell'OEPV in quello del massimo ribasso mascherato, attribuendo rilevanza determinante alla componente prezzo.

### **REPUTAZIONE DELL'IMPRESA (RATING D'IMPRESA) – Art. 109**

Nonostante non sia previsto dalla legge delega, viene confermata l'attribuzione all'ANAC della definizione della disciplina e della gestione di un **sistema digitale di monitoraggio delle prestazioni degli esecutori dei contratti pubblici** (v. il *rating* d'impresa di cui all'art. 83, comma 10 del d.lgs. 50/2016).

Le principali innovazioni rispetto alla disciplina previgente riguardano il **suo collegamento con il fascicolo virtuale** dell'operatore economico e la previsione secondo cui gli appalti sono **aggiudicati sulla base di criteri che tengono conto anche della reputazione dell'impresa**.

Il sistema è fondato su requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi, quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono l'affidabilità dell'impresa in fase esecutiva, il rispetto della legalità e l'impegno sul piano sociale.

Alla disposizione deve essere **data attuazione entro 18 mesi dalla data di entrata in vigore del Codice**, anche tenendo conto dei risultati ottenuti nel periodo iniziale di sperimentazione

### Valutazione

Il c.d. "rating d'impresa" non era presente nella delega, che lasciava prevedere il relativo superamento.

Ciò posto, ed in subordine, tale sistema andrebbe ricondotto all'interno del Regolamento sul sistema di qualificazione di cui all'art. 100, comma 4 del nuovo Codice.

In particolare, ad avviso dell'ANCE, il sistema di incremento convenzionale ipotizzato dovrebbe basarsi su indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili (in linea con l'art. 1, lettera g), della legge delega). Si tratta di elementi primari che, trascendendo la logica del mero fatturato, contraddistinguono la capacità intrinseca dell'impresa, indipendentemente dalla forte e perdurante crisi di mercato.

Tenendo conto di questi presupposti, si sono individuati dieci possibili capisaldi, su cui dovrebbe basarsi il Rating ed è stato ipotizzato che questo possa essere utilizzato come una premialità nella nuova qualificazione SOA.

Gli indici quali-quantitativi dovrebbero essere composti dai seguenti indicatori:

- consistenza del patrimonio netto;
- indice di liquidità;
- indice di economicità;
- incidenza costo personale operaio;
- incidenza costo per personale tecnico e amministrativo;
- incidenza costo attrezzatura tecnica;
- vita aziendale;
- certificazioni (favorevole, pertanto, il giudizio in merito alla valenza delle certificazioni di qualità specifiche quali UNI ISO 9000, OHSAS 18000, ISO 14000, BS 18001);
- staff tecnico;
- oscillazione rispetto al tasso della tariffa INAIL;
- non si ritiene, invece, opportuno dare valenza penalizzante (in termini di decremento) ai suddetti indicatori.

## **PARTE VI – DELL'ESECUZIONE**

### **GARANZIE DEFINITIVE – art. 117**

L'art. 117 disciplina il **sistema delle garanzie fideiussorie per la partecipazione e l'esecuzione dei contratti pubblici.**

#### ***Garanzie definitive e accordi quadro – art. 117, comma 2***

Nel caso di **accordi quadro**, si prevede che:

- l'importo della garanzia per tutti gli operatori economici aggiudicatari è indicato nella misura massima del 2 per cento dell'importo dell'accordo quadro;
- l'importo della garanzia per i contratti attuativi può essere fissato nella documentazione di gara dell'accordo quadro in misura anche inferiore al 10 per cento del valore dei contratti stessi con l'indicazione delle modalità di calcolo della maggiorazione prevista dal comma successivo.

#### ***Ritenuta di garanzia – art. 117, comma 4***

Nell'ambito del sistema in esame, viene introdotta la **ritenuta del 10 per cento sui SAL** in alternativa alla garanzia definitiva, in linea con la legge delega.

Viene anche prevista la possibilità per la S.A. di opporsi a tale sostituzione, per motivate ragioni di rischio dovute a particolari caratteristiche dell'appalto o a specifiche situazioni soggettive dell'esecutore dei lavori.

#### **Valutazione**

La possibilità per l'appaltatore di sostituire la garanzia definitiva con una ritenuta a valere sugli stati di avanzamento, pari al 10 per cento degli stessi, è in linea con quanto auspicato da ANCE.

La stessa, infatti, garantisce l'applicazione di un meccanismo maggiormente flessibile e aggiornato, senza però compromettere in alcun modo il livello di garanzia richiesto dalle pubbliche committenze.

### **SUBAPPALTO – Art. 119**

La disposizione ricalca il testo dell'art. 105 del d.lgs. n. 50/2016, come modificato dall'art. 49 del decreto legge "semplificazioni bis" n. 77/2021 e dall'art. 10 della legge n. 231/2021.

La principale novità del testo attiene alla generale possibilità di ricorrere al c.d. subappalto a cascata, ferma restando la possibilità per la S.A. di limitarlo in casi specifici (art. 199, comma 17).

**Valutazione**

Il subappalto “a cascata” è un istituto che viene dalle richieste dell’Europa, ma andrebbe limitato ad un unico livello, come sembrerebbe essere secondo una lettura testuale della disposizione. Una catena infinita di subappalti non è, infatti, compatibile con un doveroso controllo di qualità e sicurezza.

**VARIANTI – Art. 120**

La disposizione in esame contiene la disciplina relativa alla possibilità di modificare i contratti di appalto già conclusi e in corso di esecuzione e riproduce, in buona sostanza, l’art. 106 del Codice n. 50/2016.

Sul tema, si ricorda che il d.l. n. 36/2022 ha di recente chiarito – seppur con riferimento all’art. 106, d.lgs. n. 50/2016, ma la precisazione si ritiene applicabile anche in relazione al nuovo Codice – che tra le circostanze imprevedibili che legittimano la variante devono ritenersi *“includere anche quelle imprevedute ed imprevedibili che alterano in maniera significativa il costo dei materiali necessari alla realizzazione dell’opera”*.

La principale differenza si registra al comma 7 della disposizione, ove si elencano i casi in cui le modifiche non possono essere ritenute sostanziali, vale a dire quelle con le quali, nel rispetto della funzionalità dell’opera:

- a. si assicurino risparmi, rispetto alle previsioni iniziali, da utilizzare in compensazione per far fronte alle variazioni in aumento dei costi delle lavorazioni;
- b. si realizzino soluzioni equivalenti o migliorative in termini economici, tecnici o di tempi di ultimazione dell’opera (c.d. varianti migliorative).

Con particolare riferimento alle varianti migliorative, la nuova disciplina risulta meno restrittiva per l’appaltatore di quella contenuta nel d.m. 49/2018.

**Valutazione.**

Da valutarsi positivamente la reintroduzione della disciplina sulle varianti c.d. migliorative.

Per altri versi, l’art. 106 del d.lgs. 50/2016 ha rappresentato una delle norme più complesse e di difficile attuazione dell’intero Codice, al punto di aver fortemente limitato, se non addirittura bloccato in alcuni casi, il ricorso all’istituto in esame.

Ciononostante, l'art. 120 ne riproduce ancora i principali contenuti.

Sollewa, ad esempio, talune perplessità la mancata precisazione che, fra le circostanze che possono legittimare l'introduzione di variazioni in corso di esecuzione, rientrano anche gli eventi legati alla natura e alla specificità dei beni sui quali si interviene, ovvero i rinvenimenti imprevisti o non prevedibili nella fase progettuale, fra cui la cosiddetta sorpresa geologica e i ritrovamenti di carattere archeologico.

Su tali criticità, è auspicabile un intervento in sede di prossimo intervento correttivo.

#### **ESECUZIONE O COMPLETAMENTO DEI LAVORI – Art. 124**

La disposizione si occupa dell'esecuzione o completamento dei lavori, servizi o forniture in caso di insolvenza o di impedimento alla prosecuzione dell'affidamento con l'esecutore designato.

Si prevede, in particolare, che, in caso di **"interpello"** degli altri concorrenti in gara, l'affidamento avviene alle **medesime condizioni** già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta. **Le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara** che il nuovo affidamento avvenga alle **condizioni proposte dall'operatore economico interpellato** (art. 124, comma 2), come peraltro previsto - in via transitoria, fino al 30 giugno 2023 - dall'art. 5 del d.l. 76/2020 e confermato all'art. 216 del testo in esame, in caso di parere del CCT.

#### **Valutazione**

La previsione secondo cui lo scorrimento della graduatoria avviene alle condizioni offerte dall'operatore economico interpellato solo nel caso in cui sia previsto nei documenti di gara, rischia di comportare la disapplicazione di tale misura.

#### **ANTICIPAZIONE, MODALITÀ E TERMINI DI PAGAMENTO DEL CORRISPETTIVO – Art. 125**

La disposizione in esame stabilizza la possibilità per le stazioni appaltanti di innalzare fino al **30 per cento** l'anticipazione del corrispettivo.

#### **PREMIO DI ACCELERAZIONE – Art. 126**

La disposizione ha ad oggetto penali e premi di accelerazione. Per quanto riguarda in particolare questi ultimi, si rimette alla **discrezionalità della stazione appaltante** la previsione di tali incentivi nel bando o nell'avviso.

#### **Valutazione**

La disposizione desta perplessità nella parte in cui prevede la facoltà, e non l'obbligo, per le S.A. di ricorrere al suddetto istituto.

**PARTE VII – DISPOSIZIONI PARTICOLARI PER ALCUNI CONTRATTI DEI SETTORI ORDINARI**

**BENI CULTURALI – Art. 133**

La parte dedicata ai beni culturali appare decisamente più sintetica rispetto a quanto previsto nel d.lgs. n. 50/2016. Infatti, **molte delle norme che erano state duplicate nel Regolamento attuativo** (v. d.m. MiBACT n. 154/2016) sono riprodotte nel relativo **allegato II.18**, dedicato ai beni culturali (su cui v. *infra*).

Rispetto a quanto previsto nel Codice 50, viene stabilito che, in aggiunta alle ordinarie forme di sponsorizzazione e di partenariato pubblico-privato, l'amministrazione può stipulare dei contratti di appalto a titolo gratuito, con ciò dando attuazione al relativo principio di cui all'art. 8, comma 1 del Codice (art. 134).

**FOCUS**

***ALLEGATO II.18 - Qualificazione dei soggetti, progettazione e collaudo nel settore dei beni culturali (v. art. 100 del codice)***

L'allegato riproduce l'architettura del D.M. MiBACT 154/2016, introducendo alcune novità, fra cui la cancellazione del riferimento alle SOA, in ogni sua parte, e la possibilità di utilizzare l'attestazione per la dimostrazione dei requisiti negli appalti di importo inferiore a 150.000 euro.

Nell'articolato, sono **inoltre riorganizzati i requisiti per la dimostrazione delle capacità tecniche e professionali dell'operatore economico senza che, tuttavia, siano apportate significative differenze** rispetto alla disciplina tutt'oggi in vigore; ciò vale anche per l'impiego temporaneamente illimitato dei certificati di esecuzione dei lavori che, sebbene non previsto nell'articolato del Codice, è invece presente nell'articolo 7 dell'allegato.

Per quanto riguarda la progettazione, viene affidata al MiBACT la redazione di linee guida per stabilire i criteri ulteriori preordinati alla progettazione e all'esecuzione di lavori sui beni culturali, aggiuntivi rispetto ai criteri generali di cui all'allegato I.7 (contenuti minimi del quadro esigenziale, del documento di fattibilità delle alternative progettuali, del documento di indirizzo della progettazione, del progetto di fattibilità tecnica ed economica e del progetto esecutivo).

Eliminata la possibilità di ridurre ulteriormente i livelli di progettazione, viene specificato che "eccezionalmente", laddove il RUP lo ritenga opportuno, l'appalto può essere affidato omettendo il progetto esecutivo (sulla base di criteri e modalità già nel citato D.M.), oppure lo stesso può essere semplificato, riducendo la documentazione a suo corredo (v. anche art. 16, co. 9).



Non è invece più previsto che le stazioni appaltanti debbano, entro 30 giorni dal buon esito, aggiornare il CEL sulla BDNCP, e nemmeno di premiare le offerte di imprese che si avvalgono di personale in possesso di titoli rilasciati dalle scuole professionali.

Nell'ambito di una riorganizzazione dell'istituto, non sono considerati **varianti in corso d'opera** gli interventi finalizzati a prevenire e ridurre i pericoli di danneggiamento o deterioramento dei beni tutelati, laddove il loro importo non sia superiore al 20 per cento della categoria e del 10 per cento dell'importo del contratto.

Inoltre, sono ammesse (entro il 20 per cento dell'importo contrattuale), le varianti necessarie per fatti verificatisi in corso d'opera, imprevedibili nella fase progettuale, che mettono in pericolo la salvaguardia del bene, consentendo il perseguimento degli obiettivi dell'intervento, nonché le varianti giustificate dalla evoluzione dei criteri della disciplina del restauro.

### **Valutazione**

La nuova normativa conferma che gli interventi sui beni culturali rappresentano lavori e non servizi, come recentemente in via di definizione per i codici NACE a livello europeo.

Risulta mancante la disposizione secondo cui, in conformità a quanto disposto dagli articoli 9-bis e 29 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, per i lavori viene richiesto il possesso di requisiti di qualificazione specifici e adeguati ad assicurare la tutela del bene oggetto di intervento. Su tale norma era basato l'orientamento secondo cui il consorzio stabile non può affidare tali lavori a consorziati non specificatamente qualificati.

È, altresì, assente una connessione con il regolamento generale sulla qualificazione (v. art. 100, comma 4).

Desta perplessità anche la previsione di forme di gratuità per l'esecuzione di lavori nei beni culturali, poiché introduce un'asimmetria nella collaborazione tra pubblico e privato per la tutela e valorizzazione dei beni culturali.

Con riferimento all'allegato, si rilevano le seguenti problematiche:

- sono riprodotte talune criticità già presenti nel DM 154/2017, tra cui, la richiesta di iscrizione alla CCIAA in "conservazione e restauro di opere d'arte" per l'OG2 (e non in "restauro di edifici storici e monumentali");
- la disciplina sulla qualificazione applicabile al di sotto dei 150.000 euro risulta incerta;
- si mantengono le incongruenze tra il contenuto delle declaratorie di cui all'allegato II-12 (Tabella B - parte I ex all'allegato C – parte I del DPR 207/2010) e l'art. 1 dell'allegato II.18;

- non viene chiarito quali siano i soggetti deputati ad attestare i requisiti delle imprese e se l'attestazione SOA sia spendibile anche sotto 150.000 euro;
- sono eliminati i termini per inserire nel CEL il "visto";
- si omette di predisporre una disciplina transitoria per i direttori tecnici in possesso dei requisiti alla data in vigore del d.lgs. 50/2016.

### LIBRO III - SETTORI SPECIALI

In generale, **l'impostazione del nuovo Codice tende a riconoscere ai settori speciali ancora maggiore autonomia**: possono, ad esempio, istituire un sistema di qualificazione degli operatori economici e specificare la nozione di variante in corso d'opera in funzione delle esigenze proprie del mercato di appartenenza e delle caratteristiche di ciascun settore.

#### **Valutazione**

In chiave di prossimo intervento correttivo, occorrerebbe uniformare la disciplina dei settori esclusi (acqua, energia, gas, trasporti, settori speciali) a quella dei settori ordinari, dal momento che tali settori hanno sempre maggiore rilevanza e, non applicando il codice, si rischia di penalizzare l'intero mercato. La maggiore autonomia che le direttive UE indubbiamente riconoscono a tali settori non consente, infatti, agli Stati Membri di prevedere una legislazione nazionale che sia in contrasto con i principi generali del TFUE (vedi, ad esempio, considerando 2 e 6 o articolo 80 - sul sistema di qualificazione - della Direttiva 2014/25/UE).

#### ***Eliminazione dell'obbligo di motivazione aggravata in caso di mancata suddivisione in lotti – art. 141***

La disposizione individua l'ambito soggettivo di applicazione del Libro III, nonché le disposizioni generali degli altri Libri che risultano applicabili ai settori speciali.

Per quanto di interesse, si riconosce alle stazioni appaltanti o gli enti concedenti la facoltà di determinare le dimensioni dell'oggetto dell'appalto e dei lotti in cui eventualmente suddividerlo, **senza obbligo di motivazione aggravata** e tenendo conto delle esigenze del settore speciale in cui operano (art. 141, comma 5).

#### ***Illecito professionale – art. 169***

Rispetto a quanto previsto nel Codice 50, si consente alle imprese pubbliche e ai soggetti titolari di diritti speciali esclusivi di stabilire preventivamente quali condotte costituiscono **gravi illeciti professionali** (art. 169, comma 1).

**Valutazione**

Sarebbe stato necessario prevedere una disciplina unitaria, che garantisca agli operatori regole certe. Tale esigenza appare ancora più fondamentale per l'istituto del grave illecito professionale che ha costituito, fin dall'entrata in vigore del Codice 50, una causa di esclusione particolarmente critica e foriera di contenzioso. Non è, quindi, condivisibile la scelta di rimettere ai soggetti che operano nei settori speciali la definizione della relativa nozione. Il rischio è che vi sia ancora maggiore confusione nella definizione dei fatti rilevanti, ai fini della partecipazione.

**LIBRO IV – DEL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO E DELLE CONCESSIONI**

La materia delle concessioni e dei partenariati viene disciplinata in maniera asciutta. In particolare, per quanto concerne l'affidamento delle concessioni, si richiama fedelmente il contenuto della direttiva UE in materia (2014/23/EU): ciò implica la considerazione del concessionario quale soggetto che "subappalta" e non "appalta" i lavori oggetto della concessione, con l'eccezione dei concessionari che abbiano acquisito la concessione "senza gara" a monte, per i quali è prevista una disciplina specifica.

**NOZIONE – Art.174**

Già nella definizione, il nuovo articolato sembra semplificare gran parte della costruzione precedente, ispirando il PPP a quattro caratteristiche: rapporto contrattuale di durata; finanziamento privato in misura significativa (superando, in questo modo, il limite incongruo del 49%); distinzione dei ruoli tra concedente e concessionario; rischio operativo in capo al soggetto privato.

Le figure che compongono il PPP contrattuale sono la **concessione**, il **leasing** e il **contratto di disponibilità**. A queste si applicano i medesimi principi per l'affidamento e l'esecuzione dei contratti stessi.

**PROGRAMMAZIONE, VALUTAZIONE PRELIMINARE, CONTROLLO E MONITORAGGIO – Art.175**

La norma prevede l'introduzione di un **programma triennale delle esigenze pubbliche idonee ad essere realizzate attraverso forme di PPP**.

È inoltre prevista una **valutazione preliminare di convenienza e fattibilità delle operazioni di PPP** basata sulla capacità del progetto di essere finanziato con risorse private, di ottimizzare il rapporto tra costi e benefici, sull'efficiente allocazione del rischio operativo, sulla capacità di generare soluzioni innovative, nonché sulla capacità di indebitamento dell'ente e sulla disponibilità di risorse pubbliche.

**CONTRATTO DI CONCESSIONE E TRASLAZIONE DEL RISCHIO OPERATIVO – Art. 177**

La norma modifica la disciplina relativa al contributo pubblico ai fini del raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario nelle concessioni.

In particolare, **viene eliminato il riferimento al limite quantitativo del quarantanove per cento**, presente nel Codice 50, e inserita una previsione più generale che rimanda all'applicazione delle decisioni Eurostat ai soli fini della contabilità pubblica.

**AFFIDAMENTI DEI CONCESSIONARI – Art. 186**

L'articolo disciplina l'affidamento ai concessionari. Si introduce una regola *ad hoc* per gli affidamenti dei **concessionari senza gara** di importo superiore alle soglie UE, che saranno tenuti ad esternalizzare una quota compresa tra il 50 ed il 60 per cento dei contratti oggetto della convenzione. L'obbligo di esternalizzazione, tuttavia, non si applica ai concessionari di lavori e servizi operanti nei settori speciali (art. 186, comma 2).

Inoltre, si prevede che la quota suindicata deve essere stabilita convenzionalmente dal concedente e dal concessionario; l'ente concedente è tenuto, nel determinare la quota, a considerare le dimensioni economiche e i caratteri dell'impresa, dell'epoca di assegnazione della concessione, della sua durata residua, del suo oggetto, del suo valore economico e dell'entità degli investimenti effettuati.

**La vigilanza** sull'applicazione del presente articolo è effettuata dall'ANAC, anche tenuto conto del valore delle prestazioni eseguite (art. 186 comma 5, secondo periodo).

In sostituzione dell'obbligo di esternalizzazione, in caso di indivisibilità delle prestazioni di servizi, il concessionario è tenuto a corrispondere all'ente concedente un importo compreso tra il minimo del 5 per cento ed il massimo del 10 per cento degli utili previsti dal Piano economico-finanziario, tenendo conto dell'epoca di assegnazione della concessione, della sua durata, del suo oggetto, del suo valore economico e dell'entità degli investimenti (art. 186 comma 3).

**Valutazione**

L'estromissione dall'obbligo di esternalizzazione dei concessionari operanti nei settori speciali rischia di sottrarre al mercato una quota considerevole di lavori, anche in assenza di qualsiasi confronto concorrenziale avvenuto "a monte".

Occorre, infatti, chiarire che tutte le tipologie di concessionari sono tenuti all'obbligo di esternalizzazione dei soli appalti di lavori pubblici, ivi compresi gli interventi edili di manutenzione ordinaria e straordinaria; ciò, tuttavia, con l'eccezione di quelli impiantistici ad alta specializzazione afferenti la prestazione dei servizi pubblici essenziali nei settori dell'acqua, dei rifiuti, del gas e dell'energia elettrica.

Ciò, innanzitutto, in linea con la scelta storica del nostro ordinamento di limitare ai lavori gli obblighi di gara da parte dei concessionari che non siano amministrazioni aggiudicatrici e, sul piano operativo, al fine di tutelare diritti acquisiti nella libertà di organizzazione dei servizi da parte dei concessionari privati (es. nei parcheggi assegnati in base alla Legge Tognoli). Tale impostazione persegue, altresì, il fine di tutelare le imprese pubbliche operanti nei settori speciali che potrebbero avere la necessità di continuare ad eseguire in amministrazione diretta alcuni servizi oggetto della concessione, sinora svolti da personale interno del concessionario ad alta specializzazione. Inoltre, l'obbligo di esternalizzare tali prestazioni rischia di comportare ritardi nell'esecuzione delle prestazioni oggetto della concessione, dovuti ai tempi necessari per procedere all'esternalizzazione delle prestazioni (con conseguente necessità di revisione completa dei processi di organizzativi interni di gestione del servizio).

L'obbligo di esternalizzare la quota compresa tra il 50 ed il 60 per cento dei contratti oggetto delle concessioni trova espressa applicazione anche per i **concessionari autostradali**.

Per tali soggetti, è previsto che le quote ed i relativi criteri di determinazione siano calcolati sulla base degli importi risultanti dai piani economici finanziari annessi agli atti convenzionali e che il concedente verifichi il rispetto delle predette soglie con cadenza quinquennale. A tal fine, i concessionari presentano al concedente il piano complessivo dei lavori, servizi e forniture.

Inoltre, per i concessionari autostradali, vengono altresì disciplinate le misure che dovrà adottare il soggetto concedente in caso in cui siano accertate situazioni di squilibrio rispetto alle quote di esternalizzazione. In particolare, si prevede l'adozione di misure di riequilibrio, in sede di aggiornamento del rapporto concessorio, a valere sui piani economici e finanziari; inoltre, l'ente concedente potrà richiedere al concessionario la presentazione di garanzie fideiussorie (art. 186, comma 6).

Viene riproposto il contenuto del comma 3 dell'articolo 178 del D.lgs. n. 50/2016, prevedendo che le concessioni autostradali relative ad autostrade che interessano una o più regioni possono essere affidate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti a società in house di altre amministrazioni pubbliche anche appositamente costituite (art. 186, comma 7).

#### **Valutazione**

La facoltà di prevedere una quota di esternalizzazione inferiore al 60 per cento per i concessionari autostradali "senza gara" non appare in linea ai principi comunitari che, in caso di concessioni assentite o prorogate senza gara, obbligano il concessionario ad affidare a terzi il 100 per cento dei lavori di propria competenza, al fine di sanare l'assenza di concorrenza verificatasi "a monte" dell'affidamento.

Il necessario rispetto di tali principi non risulta affatto smentito dalla Corte costituzionale che, con la sentenza n. 218 del 2021, ha dichiarato incostituzionale l'art. 177 del d.lgs. n. 50/2016 per l'irragionevolezza degli stringenti obblighi di esternalizzazione ivi previsti a carico dei concessionari scelti senza gara.

La censura, quindi, non concerne l'obbligo di aprire il mercato dei lavori a "valle" in assenza di gara concorrenziale "monte", bensì, come sopra cennato, riguarda unicamente gli obblighi previsti dall'art. 177, che permanevano, a prescindere da una valutazione riguardante il caso specifico, fino al raggiungimento della soglia dell'80 per cento dei contratti relativi alla concessione, ritenuti eccessivamente generalizzati e stringenti.

Inoltre, la pronuncia ha travolto, nel dispositivo, l'intero articolato, sebbene questo recasse, all'ultimo periodo, una diversa disciplina per i concessionari autostradali, soggetti all'obbligo di affidare all'esterno almeno il 60 per cento dei lavori, servizi e forniture di loro competenza.

In tal senso, è quindi necessario ricordare la peculiarità del settore delle concessioni autostradali, contraddistinto da una diffusa assenza del confronto concorrenziale, che rappresenta un *vulnus* dei principi comunitari e nazionali in materia di concorrenza, dal momento che la quasi totalità delle concessioni in essere sono state affidate e/o prorogate senza gara.

Occorrerebbe, quindi, un quadro regolatorio in linea con la normativa UE, a garanzia di tutti gli occupati del settore, riportando sul mercato quote di lavoro significative. Ciò può contribuire alla frenata della perdita occupazionale, dando nuovo impulso alle dinamiche del mercato del lavoro del settore.

Pertanto, al fine di dare seguito al monito della Corte costituzionale di non prevedere obblighi troppo stringenti, ma, al contempo, garantire un'apertura al mercato in linea con i principi eurounitari, appare opportuno, per i concessionari autostradali, elevare, in chiave emendativa, rispettivamente al 60 per cento e 80 per cento le quote entro cui prevedere l'obbligo di esternalizzazione.

### **CONTRATTI DI CONCESSIONE SOTTO SOGLIA – Art. 187**

Per l'affidamento dei **contratti di concessione il cui valore sia inferiore alla soglia comunitaria**, si introduce una regola in base alla quale gli stessi possono andare sempre in procedura negoziata senza bando, con invito a 10 soggetti (art. 187).

### **Valutazione**

La lunghezza temporale che caratterizza i rapporti concessori impone un maggior coinvolgimento del mercato nella fase di affidamento del contratto.

Inoltre, occorre altresì sottolineare che la maggior complessità del contratto di concessione (dovuta alla necessaria presenza di una fase gestionale), se impone da un lato una maggior duttilità della procedura, dall'altro rende assolutamente opportuna la massima partecipazione degli operatori economici, nell'ottica di valorizzare le *best practices* ed *expertise* presenti sul territorio.

### **MODIFICA DI CONTRATTI DURANTE IL PERIODO DI EFFICACIA - Art. 189**

La norma disciplina il regime della **modifica del contratto di concessione** durante la sua vigenza.

Si introduce la previsione secondo cui le clausole di revisione prezzi, che possono facoltativamente esser previste nei documenti di gara, devono essere riferite agli indici sintetici di cui all'art. 60 comma 3.

### **RISOLUZIONE E RECESSO - Art. 190**

In caso di recesso da contratto di concessione da parte del concedente per motivi di pubblico interesse, si prevede che i criteri per l'indennizzo spettante al concessionario, debbano essere preventivamente indicati nel bando di gara.

### **REVISIONE DEL CONTRATTO DI CONCESSIONE- Art. 192**

Si consente al concessionario di richiedere la revisione del contratto di concessione, laddove si verifichino eventi straordinari e imprevedibili, ivi compreso il mutamento della normativa di riferimento, purché tali eventi non siano imputabili al concessionario.

### **MAGGIOR CHIAREZZA PER IL PROJECT FINANCING – Art. 193**

L'articolo **identifica la "finanza di progetto", unicamente con la procedura ad iniziativa privata**, non riproducendo le disposizioni sulla procedura ad iniziativa pubblica, presente all'art. 183 del Codice 50. In questo modo viene fatta chiarezza superando la duplicazione di fatto esistente tra procedura ad iniziativa pubblica e la scelta della pubblica amministrazione di indire una gara per l'affidamento di una concessione.

La fattibilità della proposta presentata dall'operatore economico viene valutata dall'ente concedente entro novanta giorni, invitando se necessario il promotore ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione. Se il promotore non apporta le modifiche richieste la proposta è respinta. La procedura di valutazione viene conclusa dall'ente concedente

con provvedimento espresso, pubblicato sul proprio sito istituzionale e oggetto di comunicazione ai soggetti interessati.

La norma **conferma il diritto di prelazione** in capo al promotore che può esercitarlo entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione.

#### **PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DI PPP (E PF) – Artt. 193 e 198**

Rispetto al Codice 50, si prevede che gli investitori istituzionali possano utilizzare l'avvalimento al 100 per cento per coprire tutti i requisiti che non hanno, subappaltando anche integralmente le prestazioni oggetto del contratto (artt. 193 e 198).

#### **CONTRATTI DI RENDIMENTO ENERGETICO O EPC – Art. 200**

La norma prevede che, nel caso di contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica (EPC), i ricavi di gestione dell'operatore economico possono essere determinati e pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica o di altri criteri di prestazione energetica stabiliti contrattualmente, purché quantificabili in relazione ai consumi (art. 200).

#### **PARTENARIATO SOCIALE – Art. 201**

La norma introduce il contratto di partenariato sociale, in base al quale gli enti concedenti, sulla base di bandi tipo e contratti tipo predisposti dall'ANAC, possono provvedere alla valorizzazione del verde pubblico, alla gestione e recupero dei beni immobili inutilizzati, da destinarsi a fini di interesse generale nonché al compimento di opere di interesse locale.

La possibilità di concludere i contratti di partenariato sociale è riservata, oltre che dalle associazioni di cittadini, anche dalle piccole e medie imprese (art. 201).

#### **SERVIZI GLOBALI – Artt. 203 e 208**

Si introduce una disciplina sui servizi Globali, la cui esecuzione viene rimessa esclusivamente al solo contraente generale (artt. 203 e 208).

#### **Valutazione**

Sarebbe stato auspicabile che il contratto di servizio globale potesse essere affidato anche ad altri operatori economici, e non solo ai general contractors, purché adeguatamente qualificati.



**MODIFICHE AL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO DI CUI ALL'ALLEGATO 1 AL DECRETO  
LEGISLATIVO 2 LUGLIO 2010, N.104. – ART. 209**

Il nuovo Codice, al pari del d.lgs. 50/2016, introduce modifiche al Codice del processo amministrativo (v. artt. 120, 121 e 124 c.p.a.).

Tra le novità, si segnala che il termine di 30 giorni per la proposizione del ricorso decorre ora anche dalla determinazione di procedere all'affidamento *in house* al soggetto partecipato o controllato, oltre che dalla conoscenza dell'aggiudicazione, o comunque dalla pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione (art. 120).

Quanto all'art. 124 c.p.a. viene prevista:

- **l'estensione della cognizione del giudice anche alle azioni risarcitorie e all'azione di rivalsa proposte dalla stazione appaltante** nei confronti dell'operatore economico che, con un comportamento illecito, ha concorso a determinare un esito della gara illegittimo (v. A.P. Cons. Stato sent. n.2/2017);
- l'assegnazione, da parte del giudice alla "parte danneggiante", di un termine entro il quale, sulla base dei criteri di liquidazione individuati, la stessa deve **formulare una proposta risarcitoria** (transattiva), **di cui sarà responsabile laddove manchi di formularla o la determini in misura incongrua rispetto alla reale entità del danno.**

**ACCORDO BONARIO PER I LAVORI – Art. 210**

Viene confermata l'operatività dell'istituto dell'accordo bonario per lavori pubblici affidati da stazioni appaltanti, enti concedenti e concessionari, a seguito di iscrizione di riserve che determinino una variazione dell'importo economico dell'opera tra il 5 ed il 15 per cento dell'importo contrattuale.

Inoltre, viene soppresso l'onere per l'impresa, in caso di rifiuto della proposta dell'accordo bonario ovvero di inutile decorso del termine per l'accettazione, di instaurare un contenzioso giudiziario entro i successivi 60 giorni, a pena di decadenza.

**Valutazione**

La previsione del suddetto *range* per l'operatività dell'istituto in esame rischia di limitare l'utilizzo dell'istituto dell'accordo bonario in un'ottica di deflazione del contenzioso. Inoltre, non appare sufficientemente chiaro il rapporto tra la procedura di accordo bonario e quella sul CCT.

Quest'ultima, infatti, riguarda tutte le riserve senza limiti, prevedendo la costituzione di una commissione di 3 membri (come originariamente previsto dal D. Lgs. 163/2006) ed eliminando il

limite massimo complessivo del 15 per cento dell'importo del contratto alla reiterazione della procedura di accordo bonario (introdotto dall'art. 205, comma 2 del D. Lgs. 50/2016).

### **ARBITRATO – Art. 213**

A differenza del Codice 50, viene prevista **possibilità per le parti di compromettere la lite in arbitrato nel corso dell'esecuzione del contratto.**

Inoltre, viene **consentita la nomina ad arbitro** dei magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, nonché degli avvocati e procuratori di stato **“a riposo”** (confermato divieto per quelli in servizio).

La **disciplina dei compensi** è rimessa all'Allegato V.1, a tenore del quale:

- la Camera arbitrale, su proposta del collegio arbitrale, determina con apposita delibera il compenso degli arbitri nei limiti stabiliti con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti;
- sono comunque vietati incrementi dei compensi massimi legati alla particolare complessità delle questioni trattate, alle specifiche competenze utilizzate e all'effettivo lavoro svolto;
- il compenso per il collegio arbitrale, comprensivo dell'eventuale compenso per il segretario, non può comunque superare l'importo di 100.000 euro.

### **COLLEGIO CONSULTIVO TECNICO – Art. 215**

Al fine di prevenire le controversie o consentire la rapida risoluzione delle stesse o delle dispute tecniche di ogni natura che possano insorgere nell'esecuzione dei contratti, viene stabilizzato l'istituto del **Collegio consultivo tecnico (CCT)**, già previsto in via transitoria dai dd.ll. “semplificazioni” e “semplificazioni bis”.

In particolare, la norma prevede che ciascuna parte può chiedere la costituzione di un CCT; per i lavori “soprasoglia”, la costituzione è obbligatoria.

Il Collegio consultivo tecnico esprime pareri o, in assenza di una espressa volontà contraria, adotta determinazioni aventi natura di lodo contrattuale.

L'acquisizione del parere del CCT è obbligatoria nei casi di sospensione, volontaria o coattiva, dell'esecuzione di lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche sopra soglia, con possibilità di ricorrere allo scorrimento della graduatoria alle condizioni proposte dall'operatore interpellato (art. 216).

Quando l'acquisizione del parere non è obbligatoria, le determinazioni del CCT assumono natura di lodo contrattuale se le parti, successivamente alla nomina del Presidente e non oltre il momento dell'insediamento del Collegio, non abbiano diversamente disposto (art. 217).

In ogni caso, l'inosservanza dei pareri o delle determinazioni del CCT è valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali. L'osservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico è causa di esclusione della responsabilità del soggetto agente per danno erariale, salvo il dolo.

Le modalità di costituzione e funzionamento del CCT sono regolate dall'**allegato V.2** (v. di seguito *focus*).

Da segnalare che le norme su CCT sopra descritte **si applicano anche ai collegi già costituiti** ed operanti alla data di entrata in vigore del Codice, con conseguente abrogazione della disciplina di cui al DL 76/2020 (art. 224, comma 1, su cui v. *infra*).

#### **FOCUS**

##### **All. V.2 - Modalità di costituzione del Collegio consultivo tecnico**

- Articolo 1:
  - a) il CCT è formato, a scelta della stazione appaltante, da tre componenti, o cinque in caso di motivata complessità dell'opera e di eterogeneità delle professionalità richieste;
  - b) I requisiti professionali e i casi di incompatibilità dei membri e del Presidente del Collegio consultivo tecnico, i criteri preferenziali per la loro scelta sono definiti con apposite Linee guida adottate con decreto del MIT su conforme parere dal Consiglio superiore dei lavori pubblici. Nelle more, continuano ad applicarsi le linee guida approvate con decreto del MIT 17 gennaio 2022.
- Articolo 2:
  - a) Il Collegio consultivo tecnico deve essere costituito a iniziativa della stazione appaltante prima dell'avvio dell'esecuzione o comunque non oltre dieci giorni da tale data. L'inottemperanza ovvero il ritardo nella costituzione del CCT, nel caso di affidamenti superiori alla soglia comunitaria, è valutabile sia ai fini della responsabilità dirigenziale ed erariale, sia, nei rapporti tra la stazione appaltante e l'operatore economico, sotto il profilo della buona fede contrattuale. In caso di mancata designazione dei membri la parte non inadempiente può rivolgersi al Presidente del tribunale ordinario ove ha sede la stazione appaltante, individuata quale sede del CCT.
  - b) Il CCT si intende istituito al momento dell'accettazione dell'incarico da parte del presidente. Entro i successivi 15 giorni dalla accettazione deve tenersi una seduta

d'insediamento del Collegio alla presenza dei legali rappresentanti delle parti, tenuti a rendere a verbale dichiarazione in merito alla eventuale volontà di non attribuire alle pronunce del Collegio valore di lodo contrattuale.

- **Articolo 3:**
  - a) Il procedimento per l'espressione dei pareri o delle determinazioni del CCT può essere attivato da ciascuna delle parti o da entrambe congiuntamente con la presentazione di un quesito scritto attraverso formale richiesta direttamente al CCT e all'altra parte;
  - b) Resta fermo l'onere delle iscrizioni delle riserve secondo la disciplina vigente;
- **Articolo 4:**

Costituisce causa di responsabilità nei confronti delle parti esclusivamente il ritardo ingiustificato nell'adozione delle determinazioni; in tal caso, la stazione appaltante può assumere le determinazioni di propria competenza prescindendo dal parere del Collegio.
- **Articolo 5** – prevede la disciplina dell'Osservatorio per il monitoraggio dell'attività dei CCT
- **Articolo 6** – regola l'ipotesi di costituzione facoltativa del CCT.

### **PRECONTENZIOSO ANAC – Art. 220**

L'art. 220 rispecchia il criterio direttivo contenuto nella legge delega (art. 1, comma 2, lett. II della L. n. 78/2022), che assegna al legislatore delegato il compito di provvedere all'estensione e al rafforzamento dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto. Rispetto a quanto previsto dall'art. 211 del d.lgs. 50/2016, viene "rafforzato" l'istituto del parere di precontenzioso ANAC, espresso su richiesta della stazione appaltante, dell'ente concedente o di una o più delle altre parti. In particolare, viene superata la distinzione tra parere vincolante e non vincolante, viene:

- **consentito all'operatore economico** (non anche alla stazione appaltante) che abbia richiesto il parere e vi abbia aderito, di **impugnarlo esclusivamente per profili sostanziali e non anche formali**;
- **previsto l'obbligo per la stazione appaltante** che non intenda conformarsi al parere, di comunicare entro quindici giorni le relative **motivazioni alle parti interessate** e all'ANAC, che a sua volta può proporre ricorso contro tale determinazione negativa.

Nel Codice, sono inoltre individuati i casi in cui l'ANAC è legittimata ad agire in giudizio. In particolare, la stessa agisce:

- per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti

di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici (art. 220, comma 2);

- in caso di provvedimenti viziati da gravi violazioni del codice, laddove la stazione appaltante non si adegui nei termini stabiliti al parere trasmesso dalla stessa ANAC (art. 220, comma 3).

Da notare, infine, che l'ANAC, con proprio regolamento, può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti, anche relativi alla fase esecutiva, con riferimento ai quali esercita i poteri suddetti.

#### **Valutazione**

La possibilità di proporre ricorso nei confronti dei pareri di precontenzioso da parte del concorrente per le sole questioni di diritto rischia di creare una disparità rispetto alle più generiche "motivazioni" che possono essere addotte dalla stazione appaltante.

Inoltre, non viene prevista la possibilità per le Associazioni di categoria di richiedere pareri di precontenzioso, ciò anche quando trattasi di temi d'interesse generale per tutto il settore.

Infine, i poteri di impugnativa dell'ANAC appaiono eccessivamente generici ed indefiniti.

## **PARTE II – DELLA GOVERNANCE**

### **INDIRIZZO, COORDINAMENTO E MONITORAGGIO PRESSO LA CABINA DI REGIA. GOVERNANCE DEI SERVIZI – Art. 221**

L'art. 221 definisce la struttura e i compiti della Cabina di regia per il Codice dei contratti pubblici, il cui funzionamento è disciplinato dall'allegato V.3.

Rispetto all'art. 212 del d.lgs. n. 50 del 2016, la struttura della Cabina di regia viene potenziata in funzione dei compiti ad essa attribuiti, tra cui:

- la **cura della fase di attuazione del Codice**, coordinando l'adozione, da parte dei soggetti competenti, dei regolamenti attuativi e degli atti di indirizzo, nonché le eventuali proposte di modifiche normative, demandando poi alla struttura di contribuire all'effettuazione delle analisi e verifiche di impatto dei provvedimenti adottati;
- l'**istituzione di uno "sportello unico di supporto tecnico" (cd. help desk)**, che accompagni le amministrazioni durante il primo anno di vita del Codice e deputato ad effettuare un'attività di monitoraggio dell'attuazione del Codice, sostenendone l'attuazione e individuandone eventuali criticità;
- la **promozione della conoscenza delle nuove procedure di Partenariato Pubblico-Privato (PPP)** e del coordinamento e dello scambio di informazioni tra le parti, ciò anche ai fini della raccolta e diffusione dei dati da trasmettere alla Banca Dati sul PPP, istituita presso il

Dipartimento per la Programmazione ed il Coordinamento della Politica Economica;

- la rappresentanza per la cooperazione con la **Commissione europea**;
- la **sovrintendenza alla digitalizzazione** del sistema dei contratti pubblici, ferme restando le funzioni attribuite all'ANAC.

### **FUNZIONI DELL'ANAC – Art. 222**

La disciplina dei poteri dell'ANAC viene solo in parte riassunta nell'art. 222, a cui si devono aggiungere i **numerosi richiami nella parte dedicata alla digitalizzazione**, nonché negli articoli riguardanti la qualificazione delle Stazioni appaltanti (in cui si precisa che l'ANAC ha il coordinamento dei soggetti aggregatori) e delle imprese.

In particolare, nel nuovo Codice appalti viene sostituito il potere dell'ANAC di adottare linee guida e altri atti di regolazione flessibile con quello di adottare **atti amministrativi generali**. Confermato, invece, il potere di adottare bandi-tipo e contratti-tipo, con cui l'Autorità garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti.

Con la **piena operatività della Banca dati nazionale dei contratti pubblici**, estesa anche alla fase esecutiva dell'appalto, questa diviene per il nuovo Codice uno strumento indispensabile per monitorare i contratti pubblici, nell'ottica della lotta ai rischi di corruzione e duplicazione di trasmissione delle informazioni. Pertanto, all'Autorità vengono attribuiti:

- **poteri di vigilanza più funzionali ed estesi**, che riguardano genericamente la corretta applicazione delle disposizioni del Codice, incluse quelle relative alla digitalizzazione. Inoltre, la vigilanza collaborativa, attuata a valle della sottoscrizione di appositi protocolli d'intesa con le stazioni appaltanti, comprende la fase dell'esecuzione del contratto, oltre che incidere sulla predisposizione degli atti di gara e sulla gestione della procedura di gara;
- **poteri sanzionatori più efficaci e incidenti sul funzionamento del mercato** di riferimento, laddove – come osservato nella Relazione illustrativa – l'attribuzione di tali poteri, nell'art. 213 del d.lgs. 50/2016, risulta, invece, debole e limitata all'irrogazione di una sanzione pecuniaria in caso di omessa risposta alle richieste di documentazione e informazioni da parte dell'ANAC; ciò, senza una vera e propria disposizione di chiusura, che assicuri in concreto il rispetto dei principi di legittimità, economicità ed efficienza.

I poteri sanzionatori dell'ANAC concernono principalmente:

- la violazione delle disposizioni del Codice;
- la corretta esecuzione dei contratti pubblici, in ragione di cui l'ANAC non valuta più gli eventuali pregiudizi per il pubblico erario;
- il sistema di qualificazione degli esecutori dei contratti pubblici di lavori e delle stazioni appaltanti, su cui incidono anche le eventuali sanzioni conseguenti a violazioni contestate alla stessa stazione appaltante qualificanda;

- il coordinamento della digitalizzazione del sistema dei contratti pubblici da parte della Cabina di regia;
- i rifiuti o le omissioni, senza giustificato motivo, rispetto alle richieste di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dalla stessa Autorità;
- l'inadempimento agli obblighi di trasmissione dei dati previsti nei confronti della BDNCP, a tutela dei quali, dopo il primo anno dall'applicazione del Codice appalti, viene prevista una sanzione amministrativa pecuniaria direttamente a carico del RUP, incidente anche ai fini della valutazione della responsabilità dirigenziale.

**Le sanzioni irrogate dall'ANAC, sono ridotte da 50.000 a 5.000, restano al 50 per cento nella disponibilità della stessa**, che le utilizza per le proprie attività istituzionali. Delle sanzioni, è data pubblicità sul sito istituzionale dell'Autorità, specificandone importo e destinatario.

Con la **soppressione dell'Osservatorio sui contratti pubblici**, il Casellario informatico viene gestito dall'ANAC direttamente all'interno della BDNCP. Scompaiono, altresì, **l'Albo Nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici e l'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie "società" in house** (artt. 78 e 192 del d.lgs. 50/2016).

#### **Valutazione**

Viene rafforzato il ruolo centrale di ANAC nei dei contratti pubblici, incrementando i compiti di vigilanza e i casi in cui vengono in essere i poteri sanzionatori, che si estendono ora anche all'esecuzione. Tutto ciò appare positivo, a patto che tali novità si traducano – attraverso la corretta gestione della BDNCP – in un efficientamento dell'ecosistema dei contratti pubblici e in una maggiore trasparenza di tutti i soggetti coinvolti negli appalti.

Solleva perplessità la mancata riproposizione dell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e con esso la possibilità dell'ANAC di effettuare un controllo preventivo su coloro che intendano operare affidamenti diretti in favore di organismi *in house*.

#### **MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI E STRUTTURA TECNICA DI MISSIONE –**

##### **Art. 223**

Il nuovo Codice conferma il potere del Ministero di proporre al Presidente del Consiglio dei Ministri commissari straordinari che, in sostituzione dei soggetti competenti, agiscono in autonomia e nel rispetto delle sole direttive impartite dallo stesso (art. 223).

**PARTE III – DISPOSIZIONI TRANSITORIE, DI COORDINAMENTO E ABROGAZIONI**

Il quadro delle disposizioni di attuazione del Codice e della disciplina transitoria appare piuttosto articolato e complesso.

**DISPOSIZIONI ULTERIORI, TRANSITORIE E ABROGAZIONI – ART. 224 - 226**

Si riporta di seguito una tabella recante l’indicazione del regime di applicazione delle varie norme del Codice.

DATA	COSA SUCCEDERÀ?
<p><b>Dal 1.4.23</b></p>	<p>– <b>ENTRA IN VIGORE IL NUOVO CODICE, CON I RELATIVI ALLEGATI, MA L’EFFICACIA È SOSPESA.</b></p> <p><b>ALCUNE NORME SONO IMMEDIATAMENTE APPLICABILI: artt. da 215 a 219</b> (Collegio consultivo tecnico), che si applicano anche ai collegi già costituiti e operanti alla data di entrata in vigore del Codice, e le disposizioni di cui all’<b>art. 38, comma 11</b>, che per effetto di quanto previsto dal successivo art. 38, comma 12, si applicano anche ai procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del Codice, per i quali non sia ancora intervenuta la determinazione conclusiva della conferenza di servizi.</p>
<p><b>Dal 1.7.23</b></p>	<p>– <b>ACQUISTANO EFFICACIA LE DISPOSIZIONI CONTENUTE NEL CODICE E NEGLI ALLEGATI</b> (salvo quanto previsto per la pubblicità, digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti e, in parte, per la qualificazione stazioni appaltanti su cui v. <i>infra</i>).</p> <p>– <b>IN LUOGO DEI REGOLAMENTI E DELLE LINEE GUIDA DELL’ANAC</b>, adottati in attuazione del d.lgs. 50 del 2016, laddove non diversamente previsto, <b>SI APPLICANO LE CORRISPONDENTI DISPOSIZIONI DEL PRESENTE CODICE E DEI SUOI ALLEGATI.</b></p> <p>– <b>SONO APPORTATE MODIFICAZIONI AL D.L. “SEMPLIFICAZIONI” N. 76/2020.</b></p> <p>In particolare, all’art. 8, comma 1 del decreto viene eliminato il termine del 30 giugno 2023 per l’applicazione delle disposizioni relative a consegna dei lavori in via di urgenza; possibilità per le stazioni appaltanti di prevedere, a pena di esclusione, l’obbligo per l’operatore economico di procedere alla visita dei luoghi; riduzioni dei termini procedurali per ragioni di urgenza; possibilità di avviare procedure di affidamento anche in mancanza di</p>



specifica previsione nei documenti di programmazione.

- **È ABROGATO IL DECRETO LEGISLATIVO 18 APRILE 2016, N. 50**, con le seguenti precisazioni.

**1. Il d.lgs. n. 50 del 2016 continua ad applicarsi ai PROCEDIMENTI IN CORSO**, ossia:

- a)* procedure e contratti con **bandi o avvisi pubblicati** prima della data in cui il codice acquista efficacia;
- b)* in mancanza di pubblicazione, procedure e contratti in relazione ai quali siano stati già inviati gli avvisi a presentare offerta;
- c)* procedimenti, per le opere di urbanizzazione a scomputo, **le cui convenzioni urbanistiche** o atti assimilati comunque denominati, siano stati già stipulati;
- d)* procedure di accordo bonario di cui agli articoli 210 e 211, di transazione e di arbitrato, 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 predetta data;
- e)* procedure per le quali è stato formalizzato **l’incarico di progettazione**, limitatamente all’art. 23. Nel caso in cui l’incarico di redazione del progetto di fattibilità tecnico economica sia stato formalizzato prima della data in cui il codice acquista efficacia, la stazione appaltante può procedere all’affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione dei lavori sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica oppure sulla base di un progetto definitivo redatto ai sensi dell’art. 23 citato.

**2. Resta transitoriamente in vigore la seguente disciplina.**

- a)* **DIGITALIZZAZIONE, TRASPARENZA E ACCESSO.**  
**Fino al 31 dicembre 2023**, ai fini dello svolgimento delle attività relative: a) alla redazione o acquisizione degli atti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) alla trasmissione dei dati e documenti relativi alle procedure di cui alla lettera a); c) all’accesso alla documentazione di gara; d) alla presentazione del documento di gara unico europeo; e) alla presentazione delle offerte; f) all’apertura e la conservazione del fascicolo di gara; g) al controllo

tecnico, contabile e amministrativo dei contratti anche in fase di esecuzione e la gestione delle garanzie, **continuano ad applicarsi le seguenti disposizioni del D.lgs. n. 50 del 2016:** artt. **21**, co. 7 (pubblicazione programma biennale degli acquisti di beni e servizi e triennale dei lavori pubblici), **29** (Principi in materia di trasparenza), **40** (Obbligo di uso dei mezzi di comunicazione elettronici nello svolgimento di procedure di aggiudicazione), **41, co. 2-bis** (divieto di porre a carico dei concorrenti, nonché dell'aggiudicatario, eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme), **44** (Digitalizzazione delle procedure), **52** (Regole applicabili alle comunicazioni), **53** (Accesso agli atti e riservatezza), **58** (Procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione), **74** (Disponibilità elettronica dei documenti di gara), **81** (Documentazione di gara), **85** (Documento di gara unico europeo), **105, co. 7** (verifica requisiti subappaltatore), **111, co. 2-bis** (metodologie di collegamento alla BDNCP), **213 co. 8, 9 e 10** (Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici e Osservatorio dei contratti pubblici), **214, co. 6** (Commissari straordinari).

**b) PUBBLICITÀ.**

**Fino al 31 dicembre 2023**, gli avvisi e i bandi sono pubblicati, ai fini della decorrenza degli effetti di legge, nella GURI, serie speciale, entro il sesto giorno feriale successivo a quello del ricevimento della documentazione da parte dell'Ufficio inserzioni dell'Istituto poligrafico e zecca dello Stato.

**Fino al 31 dicembre 2023, continuano ad applicarsi le seguenti disposizioni del D.lgs. n. 50 del 2016:** artt. **70** (Avvisi di preinformazione), **72** (Redazione e modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi), **73** (Pubblicazione a livello nazionale), **127, co. 2** (Avviso periodico indicativo), **129, co. 4** (Informazioni negli avvisi per servizi sociali e altri specifici) e **Dec. MIT 2.12.16** (Definizione degli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara). Le spese per la pubblicazione sono rimborsate alla stazione appaltante dall'aggiudicatario. La pubblicazione di informazioni ulteriori avviene esclusivamente in via telematica, senza oneri per la SA, che utilizza la piattaforma del Servizio contratti pubblici del MIT (**d.lgs. 33/2013**).

**c) CONSIGLIO SUPERIORE DEI LAVORI PUBBLICI.**

**Fino all'attuazione delle disposizioni di cui all'allegato I.11** (su organizzazione, competenze, regole di funzionamento, nonché

ulteriori attribuzioni del Consiglio superiore dei lavori pubblici), restano vigenti le norme sulla composizione e sulle competenze dello stesso.

**d) PROCEDURE ED ESECUZIONE DEI CONTRATTI DA SVOLGERSI ALL'ESTERO.**

**Fino all'adozione del regolamento** di cui all'articolo 13, co. 4, continua ad applicarsi il regolamento di cui al decreto del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale 2 novembre 2017, n. 192.

**e) CONTRATTI PER DIFESA E SICUREZZA E INTERVENTI ANCHE PER EFFETTO DI ACCORDI INTERNAZIONALI, MULTILATERALI O BILATERALE.**

**Fino all'adozione del regolamento** di cui all'articolo 136, co. 4, continua ad applicarsi il regolamento di cui al DPR 236/2012, in quanto compatibile con le disposizioni di cui all'allegato II.20.

**f) GARANZIE FIDEIUSSORIE E POLIZZE ASSICURATIVE.**

**Fino all'adozione del decreto** di cui all'art. 117, co. 12 (schemi tipo approvati) si applicano le disposizioni del decreto MiSE n. 31/2018

**g) CONSORZI STABILI**

Gli artt. 47, comma 1, 83, comma 2, e 216, comma 14, del codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 50/2016, si interpretano nel senso che, in via transitoria, relativamente ai consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettera c), del medesimo codice, ai fini della partecipazione alle gare e dell'esecuzione si applica il regime di qualificazione previsto dall'art. 36, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006 e dagli articoli 81 e 94 del d.P.R. n. 207/2010.

**3. In relazione alle OPERE PNRR, PNC, COFINANZIATE DAI FONDI STRUTTURALI DELL'UE NONCHÉ INFRASTRUTTURE DI SUPPORTO (ANCHE SE NON FINANZIATE CON DETTE RISORSE), si applicano, anche dopo il 1° luglio 2023, il DL n. 77 del 2021 (L. 108/2021), e il DL n. 13 del 2023, nonché tutte le specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi ivi stabiliti, inclusi quelli dal Piano nazionale integrato per l'energia e il clima 2030.**

- **SONO ABROGATI:** a) RD n. 1612 del 1923 (Regolamento per l'ordinamento interno del Consiglio superiore dei lavori pubblici); b) art. 11, co. 5, lett. d) (schemi dei bandi di gara delle procedure di aggiudicazione all'approvazione di ANAS) e f) (commissioni di gara per l'aggiudicazione dei contratti ANAS) della l. 498/1992; c) il DPR 204/2006; c) art. 1, co. 32, della l. n. 190 del 2012

	<p>(oneri di pubblicazione delle SA nei propri siti web istituzionali); <b>d)</b> decreto MiSE n. 122 del 2017 (Regolamento recante disposizioni in materia di servizi sostitutivi di mensa); <b>e)</b> decreto MiBACT n. 154 del 2017 (Regolamento concernente gli appalti pubblici di lavori riguardanti i beni culturali tutelati); <b>f)</b> decreto MEF 28 settembre 2022 (esclusione dell'OE per gravi violazioni in materia fiscale non definitivamente accertate).</p> <p>- Ogni richiamo in disposizioni vigenti al d.lgs. n. 50 del 2016, o al codice dei contratti vigente alla data di entrata in vigore del codice, si intende riferito alle corrispondenti disposizioni del codice o, in mancanza, ai principi desumibili dal codice stesso.</p>
<p><b>Dal 1.1.24</b></p>	<p>- <b>ACQUISTANO EFFICACIA LE SEGUENTI DISPOSIZIONI DEL CODICE E DEGLI ALLEGATI.</b></p> <p><b>1. PUBBLICITÀ.</b> Applicazione degli <b>artt. 27</b> (Pubblicità legale degli atti), <b>81</b> (Avvisi di preinformazione), <b>83</b> (Bandi e avvisi: contenuti e modalità di redazione), <b>84</b> (Pubblicazione a livello europeo) e <b>85</b> (Pubblicazione a livello nazionale).</p> <p><b>2. DIGITALIZZAZIONE, TRASPARENZA E ACCESSO.</b> Applicazione degli <b>artt. 19</b> (Principi e diritti digitali), <b>20</b> (Principi in materia di trasparenza), <b>21</b> (Ciclo di vita digitale dei contratti pubblici), <b>22</b> (Ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale), <b>23</b> (BDNCP), <b>24</b> (FVOE), <b>25</b> (Piattaforme di approvvigionamento digitale), <b>26</b> (Regole tecniche), <b>28</b> (Trasparenza dei contratti pubblici), <b>29</b> (Regole applicabili alle comunicazioni), <b>30</b> (Uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici), <b>31</b> (Anagrafe degli operatori economici partecipanti agli appalti), <b>35</b> (Accesso agli atti e riservatezza) <b>36</b> (Norme procedurali e processuali in tema di accesso), <b>37, co. 4</b> (Pubblicazione programma triennale), <b>99</b> (Verifica del possesso dei requisiti), <b>106, co. 3, ult. periodo</b> (verifica digitale garanzia fideiussoria), <b>115, co. 5</b> (invio dati alla BDNCP al fine del controllo contrabile), <b>119, co. 5</b> (verifica digitale requisiti subappaltatore), e <b>224, co. 6</b> (soppressione riferimento alla mandataria del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza).</p> <p><b>3. QUALIFICAZIONE STAZIONI APPALTANTI.</b> Il requisito di qualificazione di cui agli artt. a, co. 1, lett. c e 6, co. 1, lett. c dell'Allegato II.4 (disponibilità di piattaforme di approvvigionamento digitale di cui agli artt. 25 e 26 del codice) è richiesto a decorrere dal 1° gennaio 2024.</p>

– **ABROGAZIONI**

È **abrogato** il decreto del MIT 2 dicembre 2016 (Definizione degli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara).

**AGGIORNAMENTI - ART. 227**

La norma prevede che ogni intervento normativo incidente sulle disposizioni del codice e dei suoi allegati, o sulle materie dagli stessi disciplinate, è attuato mediante esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in essi contenute.

**ENTRATA IN VIGORE – ART. 229**

La norma chiarisce che il nuovo Codice e gli allegati **entrano in vigore il 1° aprile 2023** e acquistano efficacia **dal 1° luglio 2023**.

ALLEGATI

- Art. 13 – Allegato I.1 – definizioni;
- Art. 13 – Allegato I.12 – opere di urbanizzazione;
- Art. 15 – Allegato I.2 – attività del Rup;
- Art. 17 - Allegato I.3 - termini delle procedure;
- Art. 18 – Allegato I.4 – valore imposta di bollo;
- Art. 37 – Allegato I.5 – opere incompiute;
- Art. 40 – Allegato I.6 – dibattito pubblico;
- Art. 41 – Allegato I.7 – contenuto livelli di progettazione;
- Art. 41 – Allegato I.14 – criteri di formazione e aggiornamento dei prezzi regionali;
- Art. 41 – Allegato I.8 – modalità verifica preventiva dell’interesse archeologico;
- Art. 41 – Allegato I.13 – determinazione dei parametri per la progettazione;
- Art. 43 e 114 – Allegato I.9 - metodi e strumenti di gestione informativa digitale;
- Art. 45 – Allegato I.10 - incentivi alle funzioni tecniche;
- Art. 57 – Allegato I.11 – funzionamento Consiglio superiore dei lavori pubblici;
- Art. 50 – Allegato II. 1 - elenchi e le indagini di mercato “sottosoglia”;
- Art. 54 – Allegato II.2 – metodi esclusione automatica delle offerte anomale;
- Art. 61 – Allegato II.3 - pari opportunità generazionali e di genere;
- Artt. 62 e 63 – Allegato II.4 – qualificazione Stazioni Appaltanti e funzionamento centrali di committenza;
- Art. 66, 67, 68, 100 – Allegato II.12 – requisiti operatori economici per l’affidamento servizi di architettura e ingegneria, requisiti qualificazione operatori per affidamento lavori – consorzi, rti – e categorie SOA;
- Art. 70, 79, 80 – Allegato II.5 – specifiche tecniche;
- Art. 71, 72, 73, 81, 83, 111, 127, 153 – Allegato II.6 – informazioni bandi;
- Art. 73, 87, 105 e 108 – Allegato II.8 – costi del ciclo vita;
- Art. 84 e 164 – Allegato II.7 – modalità di pubblicazione bandi ed avvisi;
- Art. 89 e 165 – Allegato II.9 – inviti ai candidati;
- Art. 94 – Allegato II.10 - gravi violazioni definitivamente accertate per imposte, tasse e contributi previdenziali;
- Art. 100 – Allegato II.11 - registri professionali o commerciali per O.E. di altro Stato membro non residente;
- Art. 106 – Allegato II. 13 – certificazioni per riduzione importo garanzie;
- Art. 114, 115, 116, 120, 122 e 123 – Allegato II.14 – attività e compiti del direttore dei lavori e dell’esecuzione, modalità e tempi del collaudo, modifiche e varianti e procedimento di risoluzione del contratto, criteri di quantificazione lavori e rimborso dei materiali in caso di recesso;
- Art. 116, 121 – Allegato II.15 - criteri per la determinazione dei costi accertamenti di laboratorio e le verifiche tecniche obbligatorie e criteri di quantificazione risarcimento danno in caso di sospensioni;

Art. 120 – Allegato II.16 – contenuto avviso di modifica del contratto;  
Art. 131 – Allegato II.17 - servizio sostitutivo di mensa;  
Art. 133 – Allegato II.18 - requisiti di qualificazione dei soggetti esecutori e dei direttori tecnici, nonché livelli e i contenuti della progettazione e le modalità del collaudo dei lavori per i beni culturali;  
Art. 135 – Allegato II. 19 - Servizi di ricerca e sviluppo;  
Art. 136 – Allegato II.20 - Difesa e sicurezza;  
Art. 182 – Allegato IV .1- informazioni bando di concessione;  
Art. 210 e 213 – Allegato V.1 – compensi arbitri e funzionamento albo;  
Art. 215 – Allegato V.2 – CCT  
Art. 221 – Allegato V.3 – funzionamento cabina di regia.

In totale, gli allegati sono 38, anche se la numerazione non è sempre ben coordinata.

Roma, 4 aprile 2023

*Si ringrazia, per l'apporto fornito in merito alle disposizioni di competenza, la Direzione Relazioni Industriali, la Direzione Politiche Fiscali, la Direzione Edilizia e Territorio e la Direzione Affari Economici, Finanza e Centro Studi.*