STEFANELLI & STEFANELLI STUDIO LEGALE

FOCUS RAGIONATO SUL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

PREFAZIONE

Per gli operatori del settore appalti il 2023 rappresenta un anno di svolta in ragione di una riforma che, ci si augura, possa avere un sensibile impatto su tutto il comparto; il valore del mercato degli appalti pubblici in Italia nel 2021 è stato infatti di quasi 200 miliardi di euro (circa il 10,7% del PIL nazionale), con un sensibile aumento anche del numero delle procedure, a chiara dimostrazione dell'importanza degli approvvigionamenti pubblici per l'economia del nostro Paese.

La stesura del nuovo Codice appalti (D.Lgs.n. 36/2023) rappresenta il punto d'arrivo di un percorso avviato con la Legge-Delega n. 78/22 e che ha avuto il preciso scopo di realizzare uno dei più importanti obiettivi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

Il nuovo Elaborato è frutto del lavoro di una Commissione di esperti (magistrati amministrativi, professori universitari, avvocati) che, per la prima volta, non hanno dovuto dedicarsi al recepimento ed attuazione di Direttive comunitarie in materia, potendo quindi cimentarsi nella stesura di un Codice che rappresentasse la sintesi di tutte le molteplici istanze di sistematizzazione e semplificazione provenienti tanto dagli Operatori economici che dalle Amministrazioni, coinvolti tutti nelle sempre più complesse procedure d'affidamento dei contratti pubblici.

Il risultato è un Testo Unico apparentemente più snello (pressappoco identico il numero degli articoli, ma con una sensibile riduzione dei commi) ed "autoesecutivo", per cui non si operano più rinvii ad ulteriori provvedimenti attuativi e risultando così possibile avere, fin da subito, piena conoscenza dell'intera disciplina da attuare.

L'intento di questo Focus è dunque quello di proporre alcuni mirati approfondimenti agli istituti che, a sommesso avviso dello Studio, hanno subìto le modifiche più significative.

Tra le numerose novità occorre segnalare innanzitutto una sezione appositamente

dedicata ai ***Principi generali***, tra cui spiccano in particolare quello del "Risultato", quello della "Fiducia" e quello dell'"Accesso al mercato", con la funzione di criteri interpretativi e applicativi rispetto a tutte le altre successive disposizioni codificate.

Accanto ad essi si annota la completa e definitiva **digitalizzazione** di tutte le procedure ad evidenza pubblica (e non solo), per la cui effettiva entrata in vigore occorre tuttavia attendere fino all'inizio dell'anno prossimo, risultando necessaria preliminarmente la completa realizzazione di una serie di strumenti tra cui

- La Banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP);
- Il Fascicolo virtuale dell'operatore economico (FVOE);
- Le Piattaforme di approvvigionamento digitale;
- Le Procedure automatizzate del ciclo di vita dei contratti pubblici;
- L'Accesso civico digitalizzato e la facilitazione di richiesta di documentazione.

Si tratta delle disposizioni del Titolo I, Parte II, appositamente dedicato alla digitalizzazione dei contratti, che rappresenta un'assoluta novità rispetto al precedente Codice, avendo il Legislatore deciso di disciplinare in maniera autonoma e del tutto organica l'intero "Ciclo di vita digitale" dei contratti pubblici (artt. 19-34), articolandolo in programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione.

La circostanza tuttavia che l'intero sistema digitale sia basato sulla BDNCP, su cui graverà una quantità considerevole di dati, ha evidenziato già notevoli problemi organizzativi e di "dialogo" tra le banche-dati delle diverse PP.AA., con il rischio di un ulteriore slittamento dell'effettiva messa a regime di tali innovazioni.

Così, nel momento in cui si scrive si è appreso di una possibile parziale "marcia indietro" del Governo; si legge infatti, nella relazione del Ministro Fitto, come: "*La complessità della nuova architettura per l'interoperabilità e l'ampliamento dei soggetti coinvolti richiede una rimodulazione dell'obiettivo a dicembre 2023 che rifletta puntualmente il processo di progressiva attuazione delle disposizioni del nuovo Codice, al fine di garantire la piena interoperabilità di tutti i sistemi e la fluidità dei processi nel nuovo ecosistema del procurement pubblico*".

Altre rilevanti novità del Codice hanno riguardato gli istituti dell'**avvalimento** (per

cui è stato introdotto il c.d. “avvalimento premiale”) e del **subappalto** (per cui è stata eliminata la percentuale massimo nonchè il divieto di ricorrere al c.d. subappalto “a cascata”).

Una notevole sistematizzazione si è poi realizzata relativamente ai **Requisiti di moralità** nonché alle conseguenti **cause d’esclusione** (in caso di loro assenza), avendo il Legislatore creato una disciplina più articolata rispetto al precedente Codice (art. 80) che tenga conto delle differenziazioni tra le diverse fattispecie.

Nè può tralasciarsi di segnalare una particolare attenzione alla regolazione delle vicende che attengono alla fase esecutiva, con l’inserimento di disposizioni riguardanti l’istituto della **revisione prezzi** nonchè della **rinegoziazione**, entrambe miranti alla conservazione del rapporto contrattuale.

Si assiste poi nel D.Lgs.n. 36/2023 al rafforzamento dell’istituto del **Partenariato pubblico e privato** che, nell’intento del Legislatore, dovrà essere sempre più uno strumento di cooperazione utilizzabile per la realizzazione di complesse operazioni economiche aventi interesse pubblicistico.

Un intero libro risulta infine dedicato ai **Settori speciali**, delineando ancor più quelli che sono gli aspetti sostanziali del settore, con una normativa più puntuale e precisa al riguardo.

Last but not least si può considerare l’approfondimento riguardante le **Procedure sottosoglia** ed il correlato principio di rotazione, con l’assunzione di importanti modifiche aventi un profondo impatto nella semplificazione degli affidamenti sottosoglia comunitaria (per cui vengono essenzialmente confermati i medesimi importi di cui al Decreto Semplificazione-bis).

Il presente Testo raccoglie una serie di approfondiementi che lo Studio ha pubblicato all’indomani della pubblicazione del nuovo Codice (31/3/2023) e fino alla sua effettiva entrata in vigore (1/7/2023).

Buona Lettura

SOMMARIO

L'entrata in vigore ed i principi generali del Nuovo Codice.....6
Entrata in vigore ed efficacia del nuovo Articolato 6
Principi generali 7
Scheda Riepilogativa 12

L'Ecosistema nazionale approvvigionamenti digitali.....13
Scheda Riepilogativa 17

Avvalimento e subappalto, si ampliano le possibilità di utilizzo.....18
Avvalimento 18
Subappalto 19
Scheda riepilogativa 20

Le "nuove" cause d'esclusione dalle gare.....21
Cause di esclusione "automatica" 22
Cause di esclusione "non automatica" 23
Disciplina dell'esclusione 23
Cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti 24
Illecito professionale grave 25
Scheda riepilogativa 26

Le procedure sottosoglia e il principio di rotazione.....27
Scheda riepilogativa 32

Le nuove regole in materia di accesso.....34
Scheda riepilogativa 37

La conservazione dell'equilibrio contrattuale.....38
Scheda riepilogativa 40

Il Partenariato Pubblico Privato.....41
Procedimento d'affidamento 42
La concessione 42
La finanza di progetto 43
Scheda riepilogativa 45

I settori speciali.....46
Scheda riepilogativa 50

L'entrata in vigore ed i principi generali del Nuovo Codice

Entrata in vigore ed efficacia del nuovo Articolato

Il 31 marzo 2023 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il nuovo Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 36/2023), che è entrato in vigore il 1° aprile 2023; l'art. 229, tuttavia, stabilisce che detto decreto legislativo diverrà operativo - e quindi le sue disposizioni acquisteranno efficacia - solo a partire dal 1° luglio 2023.

A ciò aggiungasi che, per consentire l'effettiva messa a regime del nuovo articolato, molti degli istituti entreranno effettivamente in vigore solo a far data dal 1° gennaio 2024, con ciò significando che occorrerà attendere l'inizio del prossimo anno per vedere operativo l'intero Codice.

Le gare indette dopo il 1/4/2023 e fino al 30/06/2023 seguiranno dunque la disciplina del "vecchio" codice (D.lgs. n. 50/2016), mentre quelle pubblicate successivamente vedranno l'adozione di quello nuovo (D.lgs. n. 36/2023).

Attenzione, tuttavia, in quanto vale in ogni caso la regola del "*tempus regit actum*" secondo cui **la procedura è disciplinata dalla normativa vigente al momento della sua pubblicazione** (anche se, nel corso della gara, detta normativa viene abrogata), ragion per cui il D.lgs. 50/2016 continuerà ad esser applicato, anche dopo l'1/7/2023, alle gare indette prima di tale data.

Una delle più importanti novità del nuovo Codice sarà comunque operativa solo dal prossimo anno, quando dovrebbe andare a regime "l'Ecosistema nazionale degli approvvigionamento digitali", con la definitiva archiviazione della gara cartacea (come siamo stati finora abituati a conoscerla); **il digitale diverrà così il protagonista assoluto dell'intero ciclo vita del contratto**, dalla programmazione all'esecuzione ecc., garantendo la trasparenza, la tracciabilità, la partecipazione ed il controllo di tutti i procedimenti concorsuali d'appalto.

Ultima considerazione, poi, è che per la prima volta si ha finalmente un Codice dei

contratti pubblici "auto-esecutivo", ovvero già completo (in tutti i suoi Allegati) e privo quindi della necessità di successivi rinvii a fonti esterne.

Principi generali

Tra le più importanti novità del D.lgs. 36/2023 si deve annoverare anche (e soprattutto) l'inserimento, nei primi 12 articoli, dei cd. "Principi generali", in precedenza previsti negli artt. 29 e 30 del D.lgs. 50/2016 che tuttavia, nel nuovo Codice, vengono posti nell'incipit dell'Elaborato normativo, quali fondamenta di ogni futura procedura di gara nonché metro di giudizio e valutazione per l'operato dei funzionari pubblici.

Si riassegna in tal modo, ancorché indirettamente, un'ampia discrezionalità alla Pubblica Amministrazione nella definizione dell'intero disegno di gara, che le Linee-guida Anac – come previste nel precedente Codice (e qui definitivamente abrogate) - avevano drasticamente ridotto.

Analizziamo dunque brevemente i più interessanti principi introdotti dal Legislatore.

art. 1. Il Codice apre la disciplina con il **principio del risultato**, da cui emerge l'interesse primario che le Stazioni appaltanti e gli Enti concedenti devono perseguire ovvero l'affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima tempestività ed il miglior rapporto qualità-prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza e nell'interesse della Comunità, per il raggiungimento degli obiettivi dell'UE.

La sua posizione rispetto agli altri principi ne testimonia l'importanza, elevando il risultato dell'affidamento del contratto quale "scopo" fondante l'azione procedimentale della P.A., rispetto a cui gli altri principi si pongono quindi in una logica di "mezzo" a "fine".

Il principio del risultato dà poi piena attuazione, nel settore degli appalti pubblici, ai principi di buon andamento, efficacia, efficienza ed economicità previsti nell'art. 97 della Costituzione, diventando altresì il criterio di valutazione del corretto esercizio del potere pubblico nonché di determinazione della responsabilità dei funzionari coinvolti in ogni fase del ciclo del *Public Procurement*.

In estrema sintesi, l'introduzione del principio del risultato evidenzia come la legittimità non sia più "sufficiente" per ritenere una gara "efficace".

Art. 2. Il **principio della fiducia** si pone in stretta correlazione con quello precedente, ricollegandosi al concetto espresso al comma 4 dell'art. 1, secondo cui la fiducia "*favorisce e valorizza 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*".

"Fiducia" deve dunque porsi alla base del rapporto tra Funzionari pubblici ed Operatori privati, dovendo entrambi confidare da una parte nell'esercizio di un'azione legittima, trasparente e corretta della P.A. nonché, dall'altra, nel comportamento altrettanto specchiato dei concorrenti; la fiducia, inoltre, mira ad accrescere l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei dipendenti pubblici, ponendosi quale rimedio alla burocrazia difensiva (cd. "paura della firma").

La sfiducia nella correttezza dell'azione amministrativa ed il timore di sbagliare avevano infatti contribuito al rallentamento – se non alla paralisi - di molti procedimenti amministrativi, per cui una rinnovata "fiducia" in tutti i partecipanti dovrebbe favorire la ripresa dell'iniziativa pubblica e il rilancio dell'attività amministrativa, tanto più necessaria in relazione agli ingenti investimenti dei fondi PNRR.

Il comma 3, inoltre, re-introduce il concetto di "colpa grave" nel caso di violazione di legge, della lex specialis nonché delle regole di prudenza, perizia e diligenza, mentre prevede il non configurarsi della colpa grave nei casi di violazione d'indirizzi giurisprudenziali (anche se prevalenti) nonché di pareri delle Autorità competenti.

Art. 3. Il terzo **principio** fondamentale è quello **dell'accesso al mercato**, che svolge una funzione complementare rispetto ai precedenti e dispone che le Stazioni appaltanti debbano favorire il più possibile l'accesso al mercato degli operatori economici, nel rispetto dei principi di concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità, trasparenza e di proporzionalità (art. 97 Cost.).

Lo scopo del Legislatore, dunque, non è solo quello di favorire la concorrenza - che,

si badi bene, non significa che tutti gli operatori hanno il diritto a partecipare a tutte le gare, ma che tutti devono poter concorrere alle medesime condizioni – quanto piuttosto quello, più ampio, di consentire al maggior numero possibile di soggetti di partecipare alle procedure di gara, mirando quindi a ridurre quelle barriere d'accesso che spesso limitano artatamente detta partecipazione.

Il principio d'accesso al mercato è dunque destinato a rappresentare una formidabile "chiave di volta" nell'interpretazione, ad esempio, delle specifiche tecniche descrittive dell'oggetto di gara, oppure della suddivisione in lotti delle procedure in quanto, come ben si può comprendere, se lo scopo che d'ora in poi deve perseguire il Redattore della lex specialis è quella d'ottenere comunque il più libero accesso al mercato da parte di tuti gli operatori economici del settore, qualsiasi barriera o limitazione ad esso non potrà che configurare una violazione di legge.

Art. 5. Corollario della fiducia è poi il **principio della buona fede e dell'affidamento**, che si differenzia dal precedente per un profilo più "oggettivo" rispetto ad una connotazione più "soggettiva", invece, tipica del principio della fiducia.

L'art. 5 rappresenta in altri termini un monito del Legislatore ai soggetti (funzionari pubblici ed operatori economici) coinvolti nelle procedure di gara, affinché si comportino entrambi nel segno di una reciproca (e rinnovata) 'fiducia', confidando i primi nella buona fede dei partecipanti nonché, i secondi, nella legittimità dei comportamenti dei primi.

Di estremo interesse sono poi i 3° e 4° comma che prevedono, in ossequio ai suddetti principi, l'ipotesi d'annullamento di un'aggiudicazione che, se causata dal comportamento colpevole del partecipante/aggiudicatario, possa allora questi subire l'azione di rivalsa dell'amministrazione condannata al risarcimento del danno dal ricorrente vittorioso (ipotesi poi ripresa dall'art. 209).

Art. 8. Altro articolo completamente nuovo è quello che introduce, nell'ordinamento italiano, il **principio dell'autonomia contrattuale** inteso come assoluta libertà, finalmente riconosciuta anche alle PP.AA., di sottoscrivere qualsiasi tipologia convenzionale (quindi anche contratti atipici), senza doversi necessariamente rifare a forme tipiche, come già riconosciuto ai privati.

Questo articolo ha dunque una portata che va ben oltre la "semplice" materia degli appalti, in quanto riconosce la suddetta autonomia in termini assolutamente generici e scevra da vincoli di settore o materia, purché ovviamente siano perseguite le finalità istituzionali e non si violino i divieti imposti dal Codice e da altre disposizioni di legge.

Se dunque la P.A. viene ad essere del tutto equiparata al privato in termini di autonomia contrattuale, si deve di conseguenza presumere che debba allora rispettare anche quanto disposto dall'art.1325 c.c. secondo cui i requisiti del contratto sono l'accordo delle parti, la causa, l'oggetto e la forma (che, come noto, in ambito pubblico non può che risultare per iscritto).

Logica conseguenza di detta autonomia è poi anche quella che le Pubbliche Amministrazioni possono ricevere donazioni o altre prestazioni a titolo gratuito, purché corrispondenti all'interesse pubblico e – altra precisazione non irrilevante – non occorrendo in tal caso alcun esperimento di gara.

Art. 9. In combinato disposto con il precedente articol, è introdotto poi il **principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale**, che rappresenta una straordinaria innovazione nell'ambito dei contratti pubblici da sempre caratterizzati, stante l'obbligo di rispetto dei principi di contabilità pubblica, dall'immodificabilità del prezzo dell'appalto.

In considerazione, infatti, dell'obbligo – prima della firma contrattuale - d'imputazione a capitolo di bilancio della P.A. di una spesa pubblica, da ciò ne è sempre conseguito l'assoluto divieto di qualsivoglia modifica delle voci di costo da parte di una P.A. (da cui l'annosa questione dell'inammissibilità delle varianti nei lavori pubblici).

Il drammatico periodo della pandemia Covid, cui hanno poi fatto seguito gli eventi bellici ancora in essere, ha tuttavia indotto il Legislatore ad introdurre una serie di correttivi a detta immodificabilità degli appalti pubblici, per ricondurli alla loro (corretta) natura di contratti di natura sinallagmatica tali per cui il rapporto fra le obbligazioni convenzionalmente dedotte deve permanere, il più possibile, immutato per tutta la durata del periodo contrattuale.

Per questo risulta necessario introdurre dei correttivi, ovvero delle clausole di

rinegoziazione dei rapporti – in caso di modifiche sostanziali delle condizioni iniziali d'esecuzione - che mirino a preservare quell'equilibrio pattizio come cristallizzato alla firma del contratto.

In presenza dunque di sopravvenienze straordinarie ed imprevedibili tali da determinare una sostanziale alterazione nell'equilibrio contrattuale, si deve riconoscere in capo alla parte svantaggiata il diritto di rinegoziare secondo buona fede le condizioni contrattuali, al fine di ripristinare l'originario equilibrio senza alterazioni della sostanza economica, modifiche tuttavia applicabili solo allorquando detta alterazione sia rilevante nonchè causata da circostanze estranee alla normale alea contrattuale, all'ordinaria fluttuazione economica ed al rischio di mercato.

L'art. 9 tutela altresì l'ipotesi in cui le sopravvenienze rendano la prestazione, in parte o temporaneamente, inutile o inutilizzabile per uno dei contraenti nel qual caso potendo, chi ne ha interesse, chiedere la riduzione del corrispettivo secondo le regole dettante dall'art. 1464 c.c.

Art. 10. Non poteva infine mancare, nell'elencazione dei principi posti a caposaldo del corretto operato delle amministrazioni in materia di contratti pubblici, il **principio della tassatività delle cause d'esclusione e di massima partecipazione**, che rappresentano un'endiadi direttamente collegabile all'art. 3 (accesso al mercato) e di cui ne sono il necessario baluardo.

Le Stazioni appaltanti non possono dunque consentire la partecipazione alle pubbliche gare a quegli operatori economici privi dei cd. "Requisiti di moralità", disponendone quindi l'esclusione anche quando il possesso di detti requisiti non sia stato richiesto ai fini partecipativi e connotando, in tal modo, gli artt. 94 e 95 del Codice del carattere della cd. "eterointegratività".

Non solo in quanto viene anche confermato il disposto del precedente D.Lgs.n. 50/2016 (art. 83, comma 8), secondo cui quelle clausole delle *lex specialis* che introducono motivi d'esclusione non previste nel Codice sono automaticamente nulle, assegnando in tal modo al solo Legislatore (peraltro del Codice appalti e non di altre disposizioni di legge, in ossequio a quanto disposto dall'art. 227) la potestà di decidere quali siano i

requisiti minimi "di ordine generale" che devono possedere i futuri contraenti pubblici. Alle PP.AA. viene dunque lasciata (solo) l'autonomia di decidere quali possano essere i requisiti "speciali", di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, da richiedere in gara, sia in termini valutativi (nel rispetto del principio di proporzionalità) che partecipativi, in tal caso tuttavia nel rispetto del principio dell'accesso al mercato (art. 3) nonché di favor per la crescita delle PMI.

Scheda Riepilogativa

Con un paio d'articoli il Legislatore del 2023 ha completamente cambiato non solo la materia degli appalti pubblici ma, senza ombra di dubbio, anche tutta la contrattualistica di natura pubblicistica.

Con i primi 3 principi, infatti, vengono completamente modificate le modalità d'esperire le pubbliche gare (il cui scopo principale era stato, finora, quello di perseguire la "mera legittimità", nel rispetto dei principi del Trattato UE), ponendo al centro il "risultato" che la P.A. ha l'obbligo di perseguire - e quindi previamente definire – e con l'impegno altresì di consentire il massimo "accesso al mercato" da parte di tutti gli operatori economici (condizione che imporrà certamente l'utilizzo, in maniera sempre più marcata, della suddivisione in lotti delle gare).

Gli artt. 8 e 9 portano poi a definitivo compimento l'opera di "privatizzazione" dell'attività contrattuale della P.A., consentendo la stipula di contratti anche "atipici" nonché introducendo l'obbligo di riequilibrio sinallagmatico (con la definitiva archiviazione dell'immodificabilità dei contratti pubblici).

Infine, l'architettura stessa del Codice, con i principi generali posti come "faro" per illuminare ogni attività pubblica, riassegna un'ampia discrezionalità alle Amministrazioni nella redazione delle procedure di gara, che non devono più (solo) rispettare la legge ma servono (soprattutto) a raggiungere il risultato della P.A. (migliore acquisto) e del Legislatore (accesso al mercato).

L'Ecosistema nazionale approvvigionamenti digitali

Il nuovo Codice degli Appalti si è posto poi l'obiettivo di semplificare e velocizzare le procedure d'appalto attraverso la digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici.

Andando leggermente a ritroso nel tempo si rinviene una forma embrionale di digitalizzazione delle procedure già nel D.lgs. 50/2016 (precedente Codice) per poi passare, nell'ottobre 2018, all'introduzione dell'obbligo dei mezzi di comunicazione elettronici e delle procedure elettroniche nelle gare di appalto.

Già, dunque, si era ipotizzato un procedimento di gara sempre più digitalizzato, caratterizzato da mezzi di comunicazione elettronica, piattaforme telematiche e MEPA quali temi-chiave sia per la modalità di svolgimento delle procedure che per la loro partecipazione da parte degli Operatori economici.

Il D.Lgs. n. 36/2023 rappresenta quindi il culmine di questo processo di digitalizzazione, ponendo le basi per un vero e proprio "Ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale (e-procurement)", che sarà costituito sostanzialmente dalle piattaforme e dai servizi digitali in uso alle Stazioni appaltanti coadiuvati, in un'ottica di totale interoperabilità, dalla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (BDNCP) e dal Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico (FVOE), strumenti gestiti entrambi da ANAC.

Il tutto per consentire alle PP.AA. appaltanti di poter monitorare l'intero ciclo di vita dei contratti pubblici, a partire dalla programmazione e progettazione della gara fino alla pubblicazione del bando, all'affidamento e infine all'esecuzione contrattuale.

Il nuovo Codice riserva alla tematica della digitalizzazione ben **18 articoli** (artt. 19-36) che diverranno effettivamente **operativi solo a partire dal gennaio 2024** (a differenza di altre parti del Codice che, invece, saranno operative già dal luglio 2023); tra le norme più significative si rinvengono:

Art. 19. rubricato "Principi e diritti digitali", che specifica come le Stazioni appaltanti e gli Enti concedenti siano i soggetti deputati ad assicurare la digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti e ad introdurre le misure tecniche ed organizzative a presidio della sicurezza informatica e della protezione dei dati personali.

In virtù della completa digitalizzazione viene così sancito il **principio dell'unicità dell'invio**, ovvero che ciascun dato dev'essere fornito dall'Operatore economico una sola volta ad un solo sistema informativo, per cui le altre Amministrazioni pubbliche che ne avranno bisogno non potranno nuovamente chiederlo all'operatore economico ma dovranno necessariamente approvvigionarsi presso la propria banca-dati o, in alternativa, da altri sistemi informativi.

La definitiva archiviazione della gara cartacea è invece sancita dal comma 3 dell'art. 19, che statuisce come tutte le attività ed i **procedimenti amministrativi sottesi alle gare d'appalto verranno svolti, d'ora in poi, solo con modalità digitale** mediante utilizzo di piattaforme.

Art. 21. enuclea invece il "**Ciclo di vita digitale dei contratti pubblici**" (Programmazione, Progettazione, Pubblicazione, Affidamento ed Esecuzione), nel rispetto delle disposizioni del Codice dell'Amministrazione Digitale (D.Lgs. n. 82/2005) e specificando come tutti i soggetti coinvolti (pubblici e privati) dovranno sottostare alle relative norme del nuovo Codice.

Art. 22. delinea invece l'**Ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale**, la cui parte operativa permetterà la gestione dell'intero ciclo di vita dei contratti; l'Ecosistema sarà costituito dalle:

- **Piattaforme e dai servizi digitali infrastrutturali**, che consentiranno la redazione o l'acquisizione degli atti in formato nativo digitale, la pubblicazione e trasmissione dei dati e documenti alla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, l'accesso elettronico alla documentazione di gara, la presentazione del Documento di gara unico europeo in formato digitale e l'interoperabilità con il F ascicolo virtuale dell'operatore economico, la presentazione delle offerte, l'apertura, gestione e conservazione del fascicolo di gara in modalità digitale nonché, infine, il controllo

tecnico;

- **Piattaforme d'approvvigionamento digitale utilizzate dalle stazioni appaltanti** (vedasi l'art. 25) che interagiranno con la Banca Dati Nazionale di Contratti Pubblici. N.B. Importante la previsione secondo cui le Stazioni Appaltanti dovranno, in ogni caso, garantire la partecipazione degli operatori economici in caso di malfunzionamento, anche temporaneo, delle piattaforme; sul punto la norma prevede anche la possibilità di disporre la sospensione del termine per la ricezione delle offerte.

Art. 23. La **Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (BDNCP)** assume un'importanza fondamentale nell'ambito dell'Ecosistema Nazionale d'approvvigionamento digitale, deve contenere tutti i dati relativi ai contratti pubblici di lavori servizi e forniture nonché tutte le informazioni inerenti agli atti delle amministrazioni aggiudicatrici relativi alla programmazione, alla scelta del contraente, all'aggiudicazione.

Tali informazioni devono essere trasmesse tempestivamente attraverso le piattaforme informatiche ad essa interconnesse.

Art. 24. Completa il quadro il **Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico (FVOE)**, che opera presso la BDNCP; la norma specifica la necessità dell'impiego del Fascicolo virtuale ai fini della partecipazione a tutte le procedure d'affidamento disciplinate dal Codice, nonché dispone che i dati ed i documenti contenuti nel FVOE vengano aggiornati automaticamente, mediante la già citata interoperabilità delle informazioni.

Il FVOE era già stato attivato dall'ANAC, con propria deliberazione nel luglio 2022 e, già da quel momento, le Stazioni Appaltanti avrebbero dovuto acquisire, attraverso un'interfaccia web, tutta la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di partecipazione dell'operatore economico ecc.; il nuovo Codice sul punto dispone che l'ANAC, con proprio provvedimento d'intesa con il Ministero delle Infrastrutture e Trasporti e AGID, disponga in merito entro 60 giorni dall'entrata in vigore del nuovo Codice, indicando le tipologie di dati da inserire nel FVOE, in relazione a cui sarà poi obbligatoria la verifica presso la BDNCP.

Art. 27. Nel confermare, dunque, l'importanza fondamentale della BDNCP nell'ambito del nuovo Ecosistema, a detta viene altresì attribuita anche la funzione di garantire la **pubblicità legale degli atti**, i cui effetti giuridici decorreranno dalla data di pubblicazione degli atti e documenti in detta Banca Dati.

Il nuovo Codice poi non manca di dedicare una parte alla "**Trasparenza**", specificando come tutti i dati relativi alla programmazione di lavori, servizi e forniture, nonché alle procedure del ciclo di vita dei contratti pubblici, saranno trasmessi tempestivamente alla BDNCP e che le Stazioni appaltanti ne cureranno il collegamento con le rispettive sezioni dedicate alla "Amministrazione trasparente".

Anche la BDNCP deve poi assicurare la massima trasparenza mediante la pubblicazione dei dati in "formato aperto" (oggetto del bando, elenco degli operatori invitati, aggiudicatario, importo d'aggiudicazione, tempi di completamento delle attività, importo delle somme liquidate ecc.).

Art. 30. Infine, viene previsto un miglioramento d'efficienza in capo alle Stazioni appaltanti attraverso l'uso di procedure automatizzate, ivi compreso l'utilizzo della **intelligenza artificiale** salvo l'obbligo d'introdurre, negli atti di gara, clausole volte ad assicurare la correzione degli errori derivanti da tale processo di automazione.

L'operatore economico dovrà quindi essere sempre messo a conoscenza preventivamente dell'esistenza di processi decisionali su base algoritmica, fermo restando che le Stazioni Appaltanti dovranno sempre garantire, nel processo decisionale, un contributo umano capace di validare o meno la decisione automatizzata.

Scheda Riepilogativa

Con l'effettiva entrata in vigore della parte relativa alla digitalizzazione dei contratti pubblici (1 Gennaio 2024) viene introdotta una fondamentale trasformazione dell'attività della Pubblica Amministrazione, che potrà d'ora innanzi contare su un sistema informatico avanzato ed altamente integrato per gestire, in maniera efficiente e trasparente, i processi d'acquisto pubblico.

Viene sancita la definitiva archiviazione della gara cartacea, stabilendo che tutte le attività ed i procedimenti amministrativi verranno svolti solo (ed esclusivamente) in modalità digitale.

L'"Ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale" risulta così costituito dalle piattaforme digitali infrastrutturali (tra cui la Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici - BDNCP) e dalle piattaforme d'approvvigionamento digitali e l'intero ciclo di vita digitale dei contratti (programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione) dev'essere gestito necessariamente nell'ambito di detto Ecosistema.

Per consentire tutto ciò, però, occorre garantire la piena ed effettiva "interoperabilità" tra banche-dati e piattaforme, con l'applicazione altresì del "principio dell'unicità dell'invio" per cui le PP.AA. dovranno chiedere i dati ed informazioni non agli OO.EE. ma solo alle BDNCP in quanto contenente tutte le informazioni sui appalti pubblici nonché quale futuro strumento deputato alla pubblicità legale degli atti di gara.

Infine, fa il suo ingresso nelle procedure concorsuali l'Intelligenza Artificiale, seppure con limitazioni mediante il cd. "contributo umano", per non rendere i processi decisionali del tutto automatizzati, financo per le finalità d'aggiudicazione della gara stessa.

Avvalimento e subappalto, si ampliano le possibilità di utilizzo

Avvalimento

Una piccola ”rivoluzione” riguarda l’istituto dell’avvalimento per come è stato regolamentato dal nuovo art. 104 del D.Lg. n. 36/2023.

A differenza di quanto avvenuto per le cause d’esclusione, il Legislatore in questo caso ha voluto “concentrare” la disciplina in un’unica disposizione (o meglio, “avrebbe voluto”, visto che poi vi sono altre disposizioni del Codice che impattano in maniera notevole sull’istituto, quali quella contenuta i.e. all’art. 132 che dispone il divieto di avvalimento per il settore dei beni culturali ecc.).

La principale innovazione portata dall’art. 104 consiste nella **“formalizzazione” dell’avvalimento premiale puro**, ovvero quello adottato non esclusivamente a fini partecipativi bensì per permettere all’operatore economico di ottenere un punteggio maggiore nella valutazione della propria offerta tecnica.

In questo modo viene superato il divieto, individuato nella precedente giurisprudenza, dell’avvalimento (meramente) premiale finalizzato esclusivamente alla maggior valorizzazione della propria proposta negoziale (in tal senso Consiglio di Stato V° n. 2526/ 2021, in senso conforme TAR Palermo n. 2378/2022).

Decade poi il generale divieto della partecipazione congiunta di ausiliario e concorrente, che rimane espressamente previsto ma solo nei casi d’avvalimento premiale (comma 12).

Si tratta questa di una grandissima novità sol che si consideri che, **nel vecchio Codice (D.Lgs. n. 50/2016), l’impresa ausiliaria non poteva MAI partecipare alla medesima gara in cui l’impresa ausiliata figurava come concorrente.**

Quanto poi al profilo dell’onerosità del contratto d’avvalimento l’art 104 recepisce

l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, che ammetteva anche un interesse generico per l'ausiliario (anche diverso da quello patrimoniale), ragion per cui viene disposto che "Il contratto di avvalimento è normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria, e può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti".

Pertanto, va considerato ammissibile anche l'ipotesi di un contratto d'avvalimento a titolo gratuito, da cui tuttavia possa ricavarsi un diverso interesse/opportunità alla sua conclusione da parte dell'ausiliario.

Subappalto

L'attuale disciplina del subappalto (art. 119) rappresenta il risultato di una normativa che ha dovuto progressivamente adeguarsi ai principi vigenti nella legislazione europea e della giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E. (in primis CGUE, V°, 27./11/2019, C-402/18), nella parte in cui aveva ritenuto illegittima la disposizione del precedente D.lgs. n. 50/2016 che stabiliva il limite quantitativo del 30% per il ricorso al subappalto.

La nuova disposizione **elimina qualsiasi limite percentuale** per il ricorso al subappalto, prevedendo tuttavia allo stesso tempo la possibilità per la Stazione appaltante d'escludere o limitare le prestazioni da affidare in subappalto.

In base al comma 2 le amministrazioni procedenti posso dunque, previa adeguata motivazione, indicare nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni da eseguire esclusivamente a cura dell'aggiudicatario, venendosi così ad **introdurre un divieto facoltativo (sia parziale ma anche totale) di ricorso al subappalto:**

- in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto;
- perché si renda necessario per rafforzare il controllo nelle attività di cantiere, condizioni di lavoro e salute o la prevenzione di rischi di infiltrazione criminale;

La ratio rimane dunque sempre quella di garantire la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori e prevenire il rischio di infiltrazioni criminali (nessuna valutazione nel caso in

cui i subappaltatori siano iscritti nelle "*white list*").

La riforma più rilevante, tuttavia, in materia di subappalto è quella contenuta al comma 17 che, difformemente a quanto previsto nel D.Lgs. n. 50/2016, **ammette il c.d. subappalto "a cascata"**, che si verifica quando l'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto è oggetto di ulteriore subappalto.

Ciò può avvenire salvo che nei documenti di gara la P.A. non lo vieti motivatamente, per alcune prestazioni o per talune categorie di lavori o prestazioni che, sebbene subappaltabili, non possano formare oggetto di ulteriore subappalto (mantenendo così la discrezionalità amministrativa nella limitazione delle prestazioni escluse).

Vanno comunque segnalate alcune criticità, se si considera che alla normativa di principio non sembra esser stata affiancata una disciplina operativa che permetta di inquadrare, nello specifico, i procedimenti da seguire per autorizzare e per monitorare le esecuzioni affidate.

Scheda riepilogativa

Per gli istituti di avvalimento e subappalto vengono introdotte importanti novità quali:

- **l'avvalimento premiale "puro"**, che viene definitivamente sdoganato ed ammesso per consentire l'ottenimento di punteggi tecnici;
- il divieto, solo nel suddetto caso, di partecipazione congiunta ausiliato/ausiliario, che comporta la decadenza "indiretta" del precedente divieto di compartecipazione in tutti gli altri casi; ciò significa che, **d'ora in poi, si può prestare i requisiti ad un concorren te pur partecipando alla medesima gara**;
- **il subappalto "a cascata"**, che abbatte il divieto per cui l'esecuzione delle prestazioni non poteva formare oggetto di ulteriore subappalto;
- (soprattutto) **la mancata introduzione di una percentuale (minima e/o massima) di subappaltabilità**

Le “nuove” cause d’esclusione dalle gare

Come noto, per eseguire un appalto l’operatore economico deve possedere sia i requisiti d’ordine generale (una volta detti “di moralità”) che quelli d’ordine speciale, i primi stabiliti per legge (e validi in ogni gara), i secondi fissati dalla lex specialis (e valevoli per la singola procedura).

I requisiti generali impongono che il concorrente dimostri di esser “degno” di contrarre con la P.A., ovvero di non aver avuto certi comportamenti, di non essere incorso in determinate sanzioni (di tipo penale o amministrativo) ecc.

Ciò comporta che l’accertamento in merito al possesso dei “requisiti di moralità” va sempre verificato “soggettivamente” nei confronti del concorrente, a prescindere dalla tipologia e dal valore della gara.

Nel precedente assetto normativo (D.Lgs.n. 50/2016) l’intera disciplina sui requisiti di moralità era racchiusa in una lunga ed articolata disposizione (art. 80), più volte oggetto di modifiche e revisioni legislative e, di conseguenza, foriera di notevoli dubbi (interpretativi) e del contenzioso che necessariamente ne derivava.

Il merito del nuovo Codice (D.Lg. 36/2023) è quello di aver “scorporato” il precedente articolato in cinque distinte disposizioni, con l’obiettivo di rendere più sistematica l’intera disciplina; così, nello specifico, l’istituto delle “cause di esclusione” risulta suddiviso in:

- 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 grave.

Analizziamole con ordine.

Cause di esclusione "automatica"

L' **art. 94** individua le **cause d'esclusione** definite "**automatiche**", ovvero quelle che operano sulla base di un accertamento "sic et simpliciter" e senza, quindi, lasciar alcun margine di valutazione all'Amministrazione appaltante, che deve di conseguenza disporre l'estromissione dal procedimento di gara al mero accertamento del "fatto storico".

I commi da 1 a 4 di detto articolo riproducono quanto già disposto dal precedente art. 80 D.Lgs. n. 50/2016 in merito all'esclusione automatica in caso di condanne penali divenute irrevocabili per i reati previsti ed elencati in detto articolo (salvo il caso di depenalizzazione, revoca o estinzione).

La prima novità che occorre annoverare è che **non rileva più**, ai fini dell'esclusione, la sentenza d'applicazione della pena su richiesta delle parti (**il c.d. patteggiamento**) per i reati gravi elencati dalla norma stessa.

Quanto poi ai **Soggetti** sottoposti all'accertamento circa il possesso dei requisiti d'ordine generale, altra importante novità è rappresentata dall'**eliminazione di ogni riferimento ai c.d. "cessati"** dalla carica mentre, **nel caso di concorrente in cui uno dei soci** è **una persona giuridica**, si precisa che l'**accertamento** dev'essere fatto **in capo agli amministratori di detta società (se "controllante")**.

L'art. 94 inserisce poi, tra i nuovi soggetti da accertare, anche il c.d. "**amministratore di fatto**" da identificarsi nel soggetto che assume decisioni e compie atti di gestione, in nome e per conto della società, pur senza essere stato investito da un atto di nomina validamente formatosi all'interno della società medesima (sulla base della legge o dello statuto).

Infine, tra i soggetti nei confronti dei quali rilevano determinati provvedimenti, si conferma l'inserimento de "*l'operatore economico ai sensi e nei termini di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*" (comma 3, lett. a); avvallando dunque il rilievo, ai fini espulsivi, delle sanzioni che derivano da illeciti amministrativi dipendenti da reati ex D.Lgs. n. 231/2001, come disposto dal successivo comma 5° del medesimo art. 94.

Sempre il comma 5 (unitamente al 6) prevede poi l'esclusione dovuta a provvedimenti antimafia, alla violazione della normativa sull'assunzione di soggetti svantaggiati, alle interdittive ANAC, alla sottoposizione a procedure fallimentari e per gravi violazioni, definitivamente accertate, di cui all'All. II.10 (per intenderci quelle di importo almeno superiore a 5.000,00 euro, ovvero la soglia utile al rilascio del DURC).

A tal proposito, una novità di rilievo è quella secondo cui **l'esclusione per interdittiva non opera se la società è stata ammessa al controllo giudiziario** ex art. 34-bis del D.Lgs n. 159/2011 entro la data di aggiudicazione (art. 94, comma 2).

All'operatore economico è comunque sempre consentito dimostrare di aver ottemperato ai suoi obblighi in materia fiscale e tributaria, purché l'adempimento sia avvenuto prima della scadenza del termine previsto per presentare l'offerta.

Cause di esclusione "non automatica"

L'**art. 95** prevede invece le **cause d'esclusione "facoltative"** (o "non automatiche") e si applica quando alla P.A. appaltante è riconosciuta la facoltà di valutare discrezionalmente l'affidabilità dell'operatore economico o la circostanza che la condizione avveratasi non abbia ricadute sulla correttezza della procedura di gara.

Quelle previste nei successivi commi dell'art 95 sono le gravi infrazioni in materia di **diritto del lavoro**, di **diritto ambientale** e sociale, il **conflitto di interesse** non risolvibile, la **distorsione della concorrenza** non risolvibile, l'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale, il **grave illecito professionale**, a cui devono aggiungersi le **gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale** (all. II.10, ovvero quelle d'importo almeno pari o superiore ad € 5.000,00)

La gravità deve in ogni caso essere valutata in relazione al valore dell'appalto.

Disciplina dell'esclusione

Quanto all'**art. 96**, viene introdotta per la prima volta una disposizione di "**Self cleaning**" con cui si prevede che i concorrenti possono sempre dimostrare di aver adottato **misure**

idonee a garantire la loro affidabilità, anche con riferimento alle cause di esclusione automatiche, con la precisione che, se tali misure sono idonee e tempestive, non si dà luogo ad alcuna esclusione.

Unica eccezione all'applicazione di dette misure "riabilitative" attiene alle **violazioni definitivamente accertate in materia fiscale e tributaria**, cui risulta espressamente esclusa ogni ipotesi "riparatrice".

Quanto invece alle eventuali misure (quali ad es. il risarcimento del danno, la collaborazione nella ricostruzione dei fatti, il ravvedimento operoso in caso di violazioni tributarie ecc.), adottate dagli operatori economici in pendenza di contestazione, dette vengono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze di detta contestazione (tenuto altresì conto della tempestività della loro assunzione).

Risulta poi espressamente stabilito che l'operatore economico ha l'obbligo di comunicare alla Stazione appaltante la sussistenza dei fatti e provvedimenti che possono costituire causa d'esclusione ai sensi degli artt. 94 e 95, qualora detti NON dovessero risultare menzionati nel proprio Fascicolo Virtuale (FVOE).

Interessante novità è il ribaltamento della prospettiva applicativa della misura, che può avvenire anche dopo la presentazione dell'offerta, superando così l'impianto proposto dalla precedente linea Guida ANAC n. 6.

Cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti

Venendo all'**art. 97**, in detto si è voluto "differenziare" la posizione delle cause d'esclusione per gli operatori economici facenti parte di RTI, creando una disposizione ad hoc ed ammettendo una generalizzata possibilità di "sostituzione" od "estromissione" del partecipante al raggruppamento.

Difatti il raggruppamento non viene escluso anche qualora un suo partecipante risulti interessato da una causa d'esclusione (automatica o non), se comunica alla P.A. il verificarsi di detta situazione e l'associato è stato estromesso dall'ATI oppure si dimostri l'adozione di tutte le misure di self-cleaning necessarie (che saranno valutare

dall'Amministrazione stessa).

È altresì previsto che un partecipante che si trovi in una situazione d'incompatibilità possa essere sostituito, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata.

Dette disposizioni si applicano anche ai consorzi ordinari e quelli stabili (limitatamente alle consorziate esecutrici).

Illecito professionale grave

Quanto infine all'**art. 98**, detto contiene un elenco molto esteso delle condizioni che possono determinare la sussistenza di un "illecito professionale grave" (quale, i.e., i **provvedimenti ANAC** o di altre Autorità, **le risoluzioni contrattuali, le condanne al risarcimento-danno** (anche non definitiva) per reati non inclusi all'art 94, ovvero **i reati tributari, urbanistici, bancarotta semplice e fraudolenta, i reati previsti dal D.Lgs. n. 231/2001)**; l'elenco è solo apparentemente tassativo, in quanto vengono comunque inserite condotte anche "generiche" idonee ad incidere notevolmente sull'affidabilità dell'offerente.

Degno di nota è anche l'inserimento di una **clausola generale utile** all'individuazione di atti o fatti idonei **a provare un grave illecito**, che contribuisce a integrare l'elenco di mezzi di prova tipizzati precedentemente indicati.

Tra gli anzidetti mezzi "adeguati" di prova, al comma 3: lett. h) viene menzionata anche la "contestata o accertata commissione", da parte dell'operatore economico (oppure dei soggetti obbligati ai sensi del comma 3 dell'articolo 94), di una serie di reati tra cui, al n. 5, sono espressamente indicati quelli previsti dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.

Ciò avviene con la precisazione che la valutazione circa la rilevanza dell'illecito professionale possa essere valutata in costanza di una "*sentenza di condanna definitiva, il decreto penale di condanna irrevocabile*", ma anche nei casi in cui **"la condanna non è definitiva, ovvero nel caso di adozione dprovvedimenti cautelari reali o personali ove emessi dal giudice penale"**.

In pratica viene introdotta la possibilità di riconoscere, ai fini dell'illecito professionale, alcune fattispecie **non definitive**, qualora riferite ai reati più gravi quali quelli indicati all'art. 94 (**tra i quali sono naturalmente compresi anche i reati contro la pubblica amministrazione**).

Su quest'ultimo profilo si rischia dunque d'ingenerare grande confusione rispetto ai presupposti applicativi della disposizione, se si considera che anche la mera contestazione di uno dei reati anzidetti può essere suscettibile di valutazione negativa da parte della S.A.

Scheda riepilogativa

Relativamente alle cause d'esclusione il D.Lgs. n. 36/2023 ha innovato:

- distinguendo le cause "automatiche" da quelle "non automatiche";
- modificando i Soggetti destinatari dei controlli, con l'eliminazione dei "cessati" e del socio di maggioranza (per società con meno di 4 soci) ma con l'aggiunta degli "amministratori di fatto";
- creando una disposizione ad hoc per l' "illecito professionale grave", con facoltà d'operare l'esclusione anche sulla base di provvedimenti giurisdizionali non definitivi;
- (soprattutto) prevedendo la possibilità di "superare" ogni causa d'esclusione – sia automatiche che non – se si sono assunte misure di "self cleaning" (ad eccezione dell'omesso versamento di imposte e tasse!!)

Le procedure sottosoglia e il principio di rotazione

Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici contiene una profonda riscrittura delle disposizioni delle gare "sotto-soglia" ed, in particolare, delle procedure negoziate.

Nel caso specifico della normativa sul "sotto-soglia", se la lettera d'invito dovesse esser trasmessa dopo il 1° luglio le norme da applicare saranno quelle del nuovo impianto normativo, mentre invece se la lettera di invito venisse inviata prima di tale data continueranno a trovare applicazione le norme del Decreto Legislativo n. 50/2016.

Al "sotto-soglia" viene dedicato il "*Libro II – dell'Appalto Parte I – dei Contratti di importo inferiore alle soglie europee*", dall'art. 48 all'art. 55, nonché uno specifico allegato (Allegato II. 1) destinato a sostituire le Linee Guida ANAC n. 4.

La prima disposizione di rilievo si rinviene proprio nell'**articolo 48**, laddove si dispone che il RUP - che nel nuovo Codice è l'acronico di Responsabile Unico di "Progetto" e non solo di "Procedimento" - prima d'avviare l'istruttoria per l'individuazione della procedura utilizzabile, "*accertata l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, segue le procedure ordinarie di cui alle Parti seguenti del presente Libro*".

Si tratta di una norma che dovrebbe sostituire il classico richiamo che fa salva la possibilità d'avviare procedure ordinarie, ma non v'è dubbio che il senso dell'art. 48 sia inedito, poiché il nuovo Codice condiziona l'utilizzo della procedura aperta solo nel caso in cui effettivamente il RUP ne ravvisi l'oggettiva esigenza; in pratica, la scelta d'utilizzare una procedura aperta non viene rimessa ad una libera valutazione di chi deve istruire e condurre la pratica, ma richiede "garanzie" oggettive per aprire la procedura ad una concorrenza massima.

L'articolo 48, per il resto, ribadisce la necessità d'applicare, nello svolgimento della gara, i principi generali sanciti dal Codice nonché le piattaforme telematiche e gli strumenti di negoziazione.

IL successivo **articolo 49** sancisce invece il "**Principio di rotazione**" che, in linea generale, rimane invariato rispetto a quanto previsto dalle Linee-Guida ANAC n. 4 e dagli approdi giurisprudenziali, se non per un aspetto di cui si dirà più avanti.

La rotazione rimane infatti obbligatoria salvo le limitatissime ipotesi di micro-acquisti (infra 5mila euro), in cui si potrà derogare nel caso in cui l'ente si doti di apposito regolamento o il RUP avvii una procedura ad inviti sostanzialmente "aperta" a tutti; in tutti gli altri casi l'affidatario del pregresso appalto, che abbia ad "*oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi*", non può partecipare alla gara; la novità rispetto alle Linee Guida ANAC n. 4, quindi, è che **il principio di rotazione non coinvolge più l'operatore che sia stato "invitato" alla precedente procedura, bensì solo l'aggiudicatario**.

Si tratta di un'importante modifica che ha visto il Legislatore bilanciare gli interessi in campo e valutare eccessivamente oneroso escludere da una nuova procedura gli Operatori Economici solamente invitati. L'affidatario pregresso può invece essere nuovamente invitato ma solo se il mercato – al netto delle eccezioni sopra riportate – non presenti altre soluzioni tecniche alternative ed Egli abbia svolto il pregresso contratto secondo i desiderata della stazione appaltante.

Tornando alle procedure sottosoglia, l'**articolo 50** disciplina:

- le procedure ad **affidamento diretto per importi inferiori ai 140.000 per beni/servizi ed inferiori ai 150.000 euro per lavori**;
- **tre procedure negoziate** (due per i lavori ed una per servizi/forniture) per importi superiori a dette soglie ma inferiori a quelle di rilevanza europea.

Come anticipato, il modello a cui il Legislatore si è ispirato è quello desumibile dal DL 76/2020 art. 1, comma 2, lett. b), però con una novità di rilievo: viene infatti espunto il richiamo all'art. 63 D.Lgs.n. 50/2016 (ovvero alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando); detto richiamo ha infatti spesso determinato equivoci, inducendo a pensare che anche la negoziata sottosoglia dovesse avere (in certi casi) un'adeguata motivazione, come quella straordinaria senza pubblicazione del bando.

Per i lavori, alla lett. c) del comma 1 dell'art. 50, si prevedono due differenti soglie (con diverso numero di inviti):

- la prima **compresa tra 150.000 € e 1.000.000 €** per cui il RUP, attraverso indagini di mercato o attraverso un elenco/albo interno, dovrà invitare alla procedura almeno 5 operatori.
- la seconda **compresa tra 1.000.000 € e 5.382.000 €** per cui gli inviti devono essere estesi ad almeno 10 operatori (sempre che siano oggettivamente reperibili).

Per i beni/servizi, invece, la lett. e) dello stesso comma 1 stabilisce che:

- **per importi pari o superiori a 140.000 € e fino a 215.000 €** (ovvero 750.000 € per servizi sociali) è previsto l'invito ad almeno 5 operatori, individuati sempre secondo indagini di mercato o attraverso elenco/albo interno.

Una novità interessante è che, in relazione alla procedura negoziata per lavori tra il milione e la soglia comunitaria, la norma fa "*salva la possibilità di ricorrere alle procedure di scelta del contraente di cui alla Parte IV del presente Libro*"; si tratta di un'importante modifica tenuto conto che la norma pregressa prevedeva che, in caso d'utilizzo di procedura aperta, il RUP ne desse adeguata motivazione; l'inciso è scomparso ma si ritiene che la motivazione d'adottare una gara ad evidenza pubblica in luogo di una semplificata (salvo che insista, ovviamente, un interesse transfrontaliero) debba comunque essere presente, in modo da specificare le ragioni che hanno indotto alla scelta di una procedura aggravata.

In relazione agli inviti poi, come nell'attuale normativa la scelta degli operatori avviene tramite Avviso a manifestare interesse o con scelta dall'Albo interno della P.A. appaltante; peraltro, dal 1° luglio, per procedure ancora da avviare, la disciplina degli Avvisi e dell'Albo troverà una sua compiuta declinazione nell'Allegato II. 1 ("*Elenchi degli operatori economici e indagini di mercato per gli affidamenti di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea*").

L'Allegato in parola sostituisce le Linee-Guida ANAC n. 4 e non contiene rilevanti mutamenti, prevedendo la possibilità per la Stazione Appaltante di dotarsi di un proprio

regolamento interno per disciplinare:

a) le modalità di conduzione delle Indagini di mercato, eventualmente distinte per fasce di importo (con l'obbligo di applicare il principio di rotazione degli affidamenti);

b) le modalità di costituzione e revisione dell'Elenco degli operatori economici, distinti per categoria e fascia di importo;

c) i criteri di scelta dei soggetti da invitare a seguito d'Indagine di mercato o attingendo dall'Elenco degli operatori economici propri o da quelli presenti nel MEPA o in altri strumenti similari gestiti dalle Centrali di committenza di riferimento.

La novità di maggior rilievo è però indicata nel comma 2 dell'articolo 50, secondo periodo, ove risulta esplicitata l'**impossibilità d'utilizzare ordinariamente il sorteggio o metodi di estrazione casuale per la scelta degli operatori da invitare**; più nel dettaglio il comma citato prevede che "*Per la selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, le stazioni appaltanti non possono utilizzare il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate, nei casi in cui non risulti praticabile nessun altro metodo di selezione degli operatori*".

Ciò induce a ritenere la necessità di stabilire dei criteri di sbarramento fin dall'Avviso pubblico per scremare la partecipazione; la norma, infatti, sembra veicolare la scelta sugli operatori in senso "qualitativo" ovvero imponendo un vaglio propedeutico sugli operatori poi da far competere.

L'art. 50 prosegue chiarendo al comma 4 come, negli appalti sottosoglia, il RUP possa scegliere i criteri d'aggiudicazione (fermi restando i limiti di cui all'art. 108 comma 2 per il criterio del prezzo più basso); da notare anche che, nel caso d'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'articolo 51 preveda, in modo assolutamente inedito, che la Commissione di gara possa essere presieduta anche dal RUP (pur non essendo dirigente/responsabile del servizio).

Il successivo comma 6 generalizza invece la possibilità d'avviare immediatamente l'esecuzione dell'appalto ma, a differenza del regime introdotto dal DL 76/2020 art. 8, comma 1, lett. a), la consegna immediata può avvenire solo dopo la verifica positiva

sui requisiti e fermo restando che, in caso di mancata stipula, l'operatore ha diritto al pagamento delle spese sostenute e delle prestazioni eseguite.

Infine, è disposto che l'esecuzione potrà essere "verificata" non più con il Certificato di collaudo (lavori) o di verifica di conformità (forniture o servizi), ma con il Certificato di regolare esecuzione rilasciato dal Direttore-lavori o, nel caso ultimo, dal DEC (il Direttore dell'esecuzione) se nominato.

L'**articolo 52** prevede invece che, per appalti d'importo inferiore ai 40.000 euro, il possesso dei requisiti possa essere certificato con semplice dichiarazione oggetto di controllo a campione; se in seguito a verifica non venisse confermato il possesso di detti requisiti "*la stazione appaltante procede alla risoluzione del contratto, all'escussione della eventuale garanzia definitiva, alla comunicazione all'ANAC e alla sospensione dell'operatore economico dalla partecipazione alle procedure di affidamento indette dalla medesima stazione appaltante per un periodo da uno a dodici mesi decorrenti dall'adozione del provvedimento*".

Degno di menzione anche l'**articolo 53** in base al quale la cauzione provvisoria diventa facoltativa e, se richiesta, non può superare l'1% dell'importo di gara, mentre relativamente alla cauzione definitiva il RUP, in situazioni motivate, può non richiederla ma, quando lo fa, detta è al massimo pari al 5% dell'importo di gara.

Ancora nei procedimenti sottosoglia privi di interesse transfrontaliero, se l'aggiudicazione avviene al ribasso, è possibile escludere immediatamente l'offerta anomala "*qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque*", mentre l'esclusione automatica non si applica agli affidamenti diretti.

In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa; i metodi di verifica, comunque sempre possibile, possono essere scelti anche tramite sorteggio tra quelli indicati nell'Allegato II.2 (**articolo 54**).

Infine, per accelerare il passaggio dalla gara all'esecuzione, con l'**articolo 55** viene esclusa l'applicazione del cd. «stand still» (35 giorni di pausa dall'aggiudicazione al

contratto) e il contratto dovrà essere firmato entro soli trenta giorni dall'aggiudicazione (anziché sessanta giorni, come previsto sopra-soglia).

In conclusione, analizzando le grandi novità introdotte dal Libro II, possiamo dire di essere di fronte alla **creazione di un assetto procedurale ultra-semplificato**, certamente a dimostrazione della volontà del Legislatore di prediligere la tempestività e un minor formalismo, purtuttavia nell'esigenza di rispettare valori come la trasparenza e l'oggettività ai quali non è possibile derogare.

Scheda riepilogativa

- Per quanto concerne le nuove soglie, si riporta uno schema grafico per facilitarne la memorizzazione:

APPALTI PUBBLCI NEI SETTORI ORDINARI	VECCHIA SOGLIA	NUOVA SOGLIA
Lavori pubblici e concessioni	€ 5.548.000	€ 5.350.000
Forniture e servizi aggiudicati dalle autorità governative centrali; concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle autorità governative centrali	€144.000	€ 139.000
Forniture e servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali; concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali	€ 221.000	€ 214.000
Servizi sociali e altri servizi specifici elencati nell'allegato IX	€ 750.000	Inalterato: € 750.000

APPALTI PUBBLCI NEI SETTORI SPECIALI	VECCHIA SOGLIA	NUOVA SOGLIA
Lavori	€ 5.548.000	€ 5.350.000
Forniture e servizi; concorsi pubblici di progettazione	€ 443.000	€ 428.000
Contratti di servizi; servizi sociali; altri servizi specifici elencati all'allegato IX	€ 1.000.000	Inalterato: € 1.000.000

- Il principio di rotazione non coinvolge più l'operatore che sia stato invitato alla precedente procedura, bensì solo l'aggiudicatario;
- Impossibilità di utilizzare il sorteggio, o metodi di estrazione casuale, per la scelta degli operatori da invitare;
- La cauzione provvisoria diventa facoltativa e quella definitiva, in situazioni motivate, il RUP può non richiederla;
- Se l'aggiudicazione avviene al ribasso, è generalizzata la possibilità d'escludere immediatamente l'offerta anomala qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque;
- Esclusa infine l'applicazione del cd «stand still» (35 gg. di pausa dall'aggiudicazione alla firma) e il contratto dovrà essere stipulato entro (soli) trenta giorni dall'aggiudicazione.

Le nuove regole in materia di accesso

Il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. n. 36/2023) introduce, con gli artt. 35 e 36 (previsti nella Parte II del Libro I sulla "*Digitalizzazione e cicli vita dei contratti*"), importanti novità anche in materia d'accesso agli atti, sia in ambito sostanziale che procedimentale/processuale.

Si precisa tuttavia che (come visto), sebbene il nuovo Codice sia entrato in vigore il 1/4 u.s., la parte relativa al cd. "Ecosistema degli approvvigionamenti digitali" entrerà in vigore solo il prossimo 1° gennaio 2024 e, con essa, anche la nuova disciplina sull'accesso (in quanto fortemente "condizionata" dalla totale digitalizzazione delle procedure d'appalto).

Innanzitutto, il D.Lgs. n. 36/2023 recepisce i più recenti indirizzi giurisprudenziali in materia d'accesso, dando piena operatività a quanto previsto dall'Adunanza Plenaria n. 10/2022; infatti, a differenza della precedente impostazione (art. 53 D.Lgs. n. 50/2016), si riconosce la possibilità d'utilizzare, anche nella materia dei contratti pubblici, non solo l'accesso documentale ex L. n. 241/1990 ma anche quello civico e generalizzato di cui agli artt. 5 e 5-bis D.Lgs. n. 33/2013.

In coerenza poi con l'obiettivo prefissato (la completa digitalizzazione dele gare), l'**art. 35** del nuovo Codice "apre" la disciplina in materia precisando che le Stazioni appaltanti devono **assicurare l'accesso** agli atti delle procedure d'affidamento e d'esecuzione dei contratti pubblici **in modalità digitale**, tramite l'acquisizione diretta dei dati ed informazioni inserite nelle piattaforme.

A tal proposito un ruolo di primo piano viene affidato alla **Piattaforma di Approvvigionamento Digitale**, ovvero quell'insieme di servizi e sistemi informatici che verranno messi a disposizione delle Stazioni appaltanti per assicurare la piena digitalizzazione dell'intero ciclo vita dei contratti pubblici.

Secondo la prospettiva seguita dal Nuovo Codice la digitalizzazione si pone, da un lato, come un'efficace misura di prevenzione della corruzione e, dall'altro, quale garanzia

della trasparenza, della tracciabilità, della partecipazione e del controllo nel rispetto del principio di legalità, ed è infatti proprio il diritto d'accesso a garantire la massima esplicazione della trasparenza dell'agire amministrativo contribuendo, nelle sue varie forme, a realizzare l'ambizioso progetto di rendere la P.A. una "casa di vetro".

Se dunque la trasparenza costituisce la regola, la riservatezza è l'eccezione dell'attività amministrativa ed, a tal proposito, una rilevante novità è contenuta nel comma 4 dell'art. 35 che distingue le ipotesi d'esclusione dal diritto di accesso in due categorie: quelle dei documenti, dei dati e delle informazioni che "possono" essere esclusi e quelle che invece "devono" necessariamente essere escluse.

L'esclusione di diritto opera per:

1. Pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del Codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;
2. Relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto;
3. Piattaforme digitali ed Infrastrutture informatiche utilizzate dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, ove coperte da diritti di privativa intellettuale.

È prevista invece la **possibilità d'escludere** l'accesso in relazione a **segreti tecnici o commerciali** a seguito di motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, benché il diritto di accesso sia sempre garantito qualora indispensabile ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi giuridici rappresentati in relazione alla procedura di gara.

Il nuovo Codice sposa così l'orientamento secondo cui **l'ostensione della documentazione tecnica dev'essere sempre consentita** in quanto il concorrente, partecipando alla procedura di gara, si è assunto "il rischio" di veder resa disponibile la propria documentazione agli altri concorrenti.

L'**art. 36** giunge infatti a disporre che, nell'ottica di velocizzare e snellire le procedure, devono essere **pubblicati i documenti di gara dei primi cinque operatori della graduatoria,** evitando in tal modo la necessaria formulazione delle reciproche istanze d'accesso (e

risultando detta documentazione facilmente fruibile sulla piattaforma digitale). L'offerta dell'aggiudicatario diventa dunque d'interesse pubblico, benché il limite dei primi 5 partecipanti si ponga quale garanzia per evitare il rischio di partecipazioni pretestuose da parte di operatori economici e col mero fine di non appesantire la procedura di accesso.

La possibilità di impugnare il diniego dell'amministrazione è invece prevista al comma 4 dell'art. 36, che ne disciplina un nuovo iter processuale; in particolare l'operatore potrà impugnare la decisione dell'Amministrazione sulla sua richiesta d'oscuramento entro dieci giorni dalla comunicazione e la questione verrà posta a discussione in Camera di Consiglio appena possibile e si concluderà con la pubblicazione della sentenza entro i successivi 5 giorni a detta discussione.

La pubblicazione delle offerte non oscurate avverrà solo dopo lo spirare del termine di impugnazione.

Da segnalare infine come le reiterate richieste d'oscuramento della propria documentazione, qualora strumentali e/o non motivate, verranno vagliate all'Amministrazione che, ai sensi del comma 6 dell'art. 36, potrà inoltrare apposita segnalazione all'ANAC affinché eroghi una sanzione pecuniaria per illegittimo ostruzionismo all'accesso.

Le novità apportate dal Nuovo Codice accrescono indubbiamente la generale tendenza di rendere sempre più trasparente l'operato della Pubblica Amministrazione, che diventa ancora più concreta e accessibile agli occhi del cittadino.

Scheda riepilogativa

Con l'effettiva entrata in vigore della parte relativa all'accesso agli atti vengono introdotte delle importanti novità così riassumibili:

- Piena operatività dell'accesso civico negli appalti pubblici;
- Prevalenza dell'accesso sulla riservatezza e potere discrezionale della P.A. di bilanciare gli interessi in gioco;
- Nuovo rapidissimo iter di accesso e d'impugnazione del diniego d'accesso in sede giurisdizionale;
- Segnalazione all'ANAC da parte della P.A. in caso di pretestuose richieste di oscuramento degli operatori.

La conservazione dell'equilibrio contrattuale

Il nuovo Codice degli Appalti ha introdotto importanti novità anche in relazione alla fase esecutiva degli appalti pubblici.

L'aspetto sicuramente di maggior rilievo consiste nell'aver elevato a **principio fondamentale** la c.d. **conservazione dell'equilibrio contrattuale** durante l'esecuzione del contratto (art. 9).

La volontà del Legislatore di disciplinare in maniera dettagliata tale principio è il frutto di un'esigenza emersa durante il periodo di crisi pandemica e successiva crisi macroeconomica, che hanno messo in luce tutte le fragilità del settore dei contratti pubblici; per far fronte a tali difficoltà, in un primo momento, il Legislatore è intervenuto con una serie di misure emergenziali che lo hanno poi portato a disciplinare, all'interno del Nuovo Codice, il principio dell'equilibrio contrattuale che oggi rappresenta la sintesi della volontà di far fronte alle esigenze degli operatori economici e delle stazioni appaltanti.

Con il Nuovo Codice viene quindi introdotto nella contrattualistica pubblica il concetto di **rinegoziazione secondo buona fede,** sulla scorta del principio civilistico dell'equilibrio contrattuale e riconduzione ad equità, prevedendo il diritto per la parte che risulta svantaggiata di rinegoziare il contratto al fine di ripristinare l'originario equilibrio contrattuale. Il Codice eleva quindi la rinegoziazione a diritto dando valore alla logica della conservazione del contratto, salvandone gli effetti e scongiurandone la risoluzione. La ratio di tale norma è dunque quella del ripristino e conservazione del sinallagma contrattuale, andando oltre l'ordinaria fluttuazione economica e il normale rischio di mercato.

Il Legislatore pone però anche un limite al ripristino dell'equilibrio contrattuale, specificando che **la rinegoziazione non deve alterare l'originario equilibrio economico** dal momento che lo squilibrio deve essere stato determinato da circostanze straordinarie ed imprevedibili estranee alla normale alea del contratto.

Oltre alla rinegoziazione del contratto secondo buona fede, il Nuovo Codice ha introdotto con l'art. 60 importanti novità anche in materia di **revisione prezzi**.

L'aumento dell'inflazione a causa del periodo pandemico, prima, e la guerra Russa-Ucraina, poi, hanno causato un aumento vertiginoso del costo delle materie prime che, in materia di contratti pubblici, ha rappresentato un duro colpo per gli operatori economici.

Mentre nei rapporti fra privati è da sempre ammissibile richiedere modifiche alle condizioni economiche nel corso della durata del contratto fino a giungere, in caso di disaccordo, all'eventuale risoluzione contrattuale, in un contratto pubblico ciò non è consentito se non in alcuni particolarissimi casi, ovvero se nel contratto è presente una clausola revisionale oppure nelle ipotesi espressamente previste per legge.

Il sistema normativo previsto dal vecchio Codice limita fortemente la possibilità di modificare i contratti in corso di esecuzione senza procedere ad una nuova gara, dal momento che l'art.106 (d.lgs. 50/2016) prevede la possibilità di procedere ad una revisione prezzi solo qualora, nella documentazione di gara, siano previste specifiche clausole contrattuali in assenza delle quali gli unici rimedi esperibili restano quelli di natura civilistica.

L'aumento eccezionale dei costi ha fatto invece emergere la necessità di prevedere un regime obbligatorio di revisione prezzi al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva, non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta; tuttavia, la normativa emergenziale non si è rivelata particolarmente efficace dal momento che i contratti di beni e servizi sono rimasti privi di tutela.

Con l'**art.60** del nuovo Codice gli appalti di servizi e forniture vengono quindi equiparati agli appalti di lavori colmando il vuoto normativo lasciato dalla normativa emergenziale e prevedendo l'**obbligo per le stazioni appaltanti, di inserire nei documenti di gara iniziali le clausole di revisione prezzi, introducendo così un meccanismo revisionale automatico** che si attiva in presenza di circostanze che determinano una variazione oltre una certa soglia.

Le clausole, in sostanza, potranno attivarsi ogni qualvolta - a causa di una condizione oggettiva - si verifichi una variazione dei prezzi che prescinde dal fatto che i fattori "scatenanti" siano o meno noti al momento della formulazione dell'offerta.

Con tali importanti novità si apre sicuramente una nuova era per la fase esecutiva dei contratti pubblici, nel segno della preservazione del contratto a garanzia degli operatori economici e delle stazioni appaltanti.

Scheda riepilogativa

Le maggiori novità che hanno interessato la fase esecutiva possono così essere riassunte:

- Introduzione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9)
- Diritto per la parte svantaggiata di rinegoziare il contratto per ripristinare l'originario equilibrio contrattuale.
- Obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei documenti di gara le clausole di revisione prezzi.

Il Partenariato Pubblico Privato

Il IV° Libro del D.Lgs. n. 36/2023 è rubricato "Del Partenariato Pubblico-Privato e delle Concessioni" e riguarda gli articoli dal 174 al 208.

Il Partenariato Pubblico-Privato (o PPP) è, nella disciplina dei contratti pubblici, **tutto quello che NON è appalto** con ciò intendendo tutti quei rapporti contrattuali che coinvolgono una P.A. e che non sono di natura passiva (nel senso che l'amministrazione non deve prevedere un esborso di denaro).

Questa definizione "per sottrazione" ha sempre reso difficoltosa l'individuazione di una precisa categoria di contratti di PPP, tanto è vero che nel D.Lgs. n. 50/2016 si definisce prima la "concessione" e poi si cercano d'individuare le caratteristiche di detta tipologia – rischio operativo, canoni, Piani Economico-Finanziario ecc. – che, laddove presenti anche in altre fattispecie contrattuali, ne consentono la classificazione nei PPP.

Il Legislatore del 2023 opta per una diversa prospettazione, chiarendo fin da subito come **il PPP non sia un contratto ma "un'operazione economica"** (**art. 174**) caratterizzata dalle seguenti condizioni:

- un rapporto di lunga durata avente come obiettivo un **risultato di interesse pubblico**";
- un investimento finanziario in prevalenza ("**in misura significativa**") del privato;
- una precisa suddivisione dei compiti: alla parte pubblica la definizione degli obiettivi ed il controllo del loro raggiungimento, ai privati la realizzazione e la gestione del progetto;
- il rischio operativo infine deve gravare sul privato che realizza l'opera o gestisce i servizi.

Vi possono poi essere due diverse tipologie di PPP:

- quelli **contratttuali** (concessione, locazione finanziaria, contratto di disponibilità

ecc.);

- quelli **istituzionali** (società miste pubblico-privato per affidamenti *in house*).

Procedimento d'affidamento

Per procedere ad un PPP occorre che le Pubbliche Amministrazioni adottino un Programma triennale che indichi le "esigenze pubbliche" che intendono soddisfare "attraverso forme di partenariato" (**art. 175**); il ricorso al PPP dev'essere poi preceduto da una valutazione preliminare di convenienza e fattibilità, volta ad accertare se il progetto:

1. sia idoneo ad essere finanziato da risorse private,
2. sia capace di generare soluzioni innovative,
3. veda correttamente allocato il rischio operativo,
4. vi sia capacità d'indebitamento e disponibilità di bilancio della P.A.

ed, allo scopo, è quindi necessario verificare i costi e i benefici per ricorrere ad un PPP piuttosto che al contratto d'appalto.

Deciso quindi di procedere, la P.A. affida al RUP il controllo dell'attività del privato, dovendosi principalmente occupare di verificare che il rischio operativo rimanga sempre allocato in capo al privato per tutta la durata del PPP (allo scopo di rispettare le decisioni *Eurostat* secondo cui, se nel corso del PPP l'investimento pubblico supera la percentuale del 50%, dev'essere iscritto al bilancio pubblico … perdendo i connotati del PPP !!).

La concessione

La figura più utilizzata di PPP è certamente quella della concessione che, oltre alle caratteristiche viste sopra, è correttamente affidata solo se "*in condizioni operative normali*" il concessionario non ha garantito il recupero degli investimenti né dei costi

sostenuti, ovvero se risulta "*effettivamente*" esposto alle fluttuazioni del mercato.

La maggior difficoltà che si incontra nell'affidamento di una concessione risiede nella necessità di conservarne, per tutta la durata del rapporto, da un lato la convenienza economico-finanziaria - sia per il pubblico che per il privato - dall'altro l'allocazione del rischio in capo al concessionario; questo non significa affatto che, qualora non sia garantito detto equilibrio, la parte pubblica non possa prevedere un sostegno economico al concessionario (**art. 177**), il quale tuttavia non può MAI essere sollevato dal rischio di perdite economiche, in quanto trasformerebbe la concessione in un appalto.

A salvaguardia di ciò, quindi, il contratto concessorio deve contenere apposite clausole che preservano l'equilibrio economico-finanziario e l'allocazione del rischio esattamente come risultano stabiliti alla data di firma del contratto stesso.

Quanto alla durata, risulta evidente che detta incide considerevolmente sull'operazione, dovendo essere determinata per consentire il recupero degli investimenti, ragion per cui deve necessariamente risultare indicata nei documenti di gara - per consentire all'operatore economico di valutare la remuneratività concessoria - né può essere prorogata, in quanto la remunerazione del concessionario è stata parametrata su un esatto lasso temporale e la sua proroga potrebbe essere un indebito favore a suo vantaggio.

La finanza di progetto

La Finanza di progetto è la "brutta" traduzione del termine *Project Financing* che, di tutta evidenza, sarebbe più corretto tradurre "Progetto da finanziare", con ciò intendendo che trattasi di una particolare procedura in cui la P.A. si pone nella "disponibilità" di finanziare un progetto - di provenienza pubblica o privata - cercando sul mercato il soggetto in grado di realizzarlo.

Questa particolare tipologia procedurale/contrattuale ha avuto scarsa fortuna quando è stata introdotta (risulta già presente nel D.Lgs.n. 50/2016), venendo tuttavia alla ribalta della cronaca con l'adozione del PNRR e con la conseguente improvvisa disponibilità, da parte delle Stazioni appaltanti, d'ingenti investimenti da mettere in campo a fronte di

una palese carenza di capacità progettuale (quale conseguenza dell'annosa contrazione delle spesa pubblica nonché della centralizzazione degli acquisti, che ha svuotato le PP.AA. di competenze e conoscenze necessarie per la redazione di progetti).

Per questo motivo la Finanza di progetto è divenuta improvvisamente d'attualità, in quanto coniuga la capacità di soddisfare l'interesse pubblico con quello privato di realizzare una concessione di lavori o servizi (**art. 193**).

Il Project si può attivare presentando ad una P.A. una proposta contenente un Progetto di fattibilità, una bozza di Convenzione ed un Piano Economico Finanziario asseverato, che l'amministrazione è obbligata a valutare entro 90 gg. dalla sua presentazione, salvo eventuali richieste di modifiche ed integrazioni, che il Proponente deve apportare potendo, in caso contrario, la proposta essere respinta; al termine della valutazione la P.A. deve poi o approvare il progetto (dichiarandolo di "pubblica utilità") oppure respingerlo con un provvedimento motivato ed "espresso".

Nell'ipotesi di approvazione del progetto, detto allora diviene oggetto di una procedura (da aggiudicarsi all'offerta economicamente più vantaggiosa), in cui può essere disposto il diritto d'opzione a favore del Proponente, il quale quindi non solo partecipa anch'esso alla gara (per la realizzazione del suo progetto) ma, nella denegata ipotesi di mancata vittoria, può altresì attivare comunque la prelazione aggiudicandosi l'affidamento (previo rimborso del costo di partecipazione all'aggiudicatario pretermesso).

Con questa modalità quindi il Proponente può garantirsi il diritto di realizzare in ogni caso il progetto che ha proposto, mentre gli altri concorrenti possono concorrere ad una gara "ideata" da un loro competitor ma di cui, tramite detta partecipazione, vengano a conoscenza del suo particolare "*know how*" (per come utilizzato nell'ideazione del progetto stesso).

La tipologia della Finanza di progetto si ritiene dunque avrà un grande sviluppo ed utilizzo nel futuro prossimo, per tutte le caratteristiche e peculiarità poc'anzi evidenziate.

Scheda riepilogativa

Il Partenariato Pubblico-Privato è "tutto quello che non è appalto" e, in considerazione della definitiva affermazione del principio dell'autonomia contrattuale della P.A. (art. 8), è destinato ad un grandissimo utilizzo nei prossimi anni, rappresentando il futuro della contrattualistica pubblica.

I settori speciali

Il Decreto Legislativo 36/2023 regola, tra i vari, anche i cd. "settori speciali" dell'economia, introducendo una serie di disposizioni che riguardano attività o infrastrutture di importanza strategica per la sicurezza e l'ordine pubblico, con la previsione dunque di una parte rubricata "Dell'appalto dei settori speciali" (LIBRO III) i cui articoli sono 32 in totale, suddivisi in tre parti:

- Disposizioni Generali
- Procedure di Scelta del Contraente
- Selezione di Partecipanti e delle Offerte

Quanto alla nomenclatura dei settori il nuovo Codice, agli **articoli dal 146 al 152**, specificamente indica quelli del "**Gas ed energia termica**" (inclusa l'estrazione di combustibili solidi), dell'**Elettricità**, dell'**Acqua**, dei **servizi di Trasporto**, dei **Porti ed Aeroporti** nonché, infine, dei **Servizi postali**.

La nuova normativa cerca da un lato di confermare il carattere "chiuso" dell'erogazione di tali servizi, in quanto d'interesse nazionale (e dunque essenzialmente sottratti alla concorrenza), dall'altro però tentando di coniugare la presenza - in tali settori - anche di soggetti che erogano i servizi speciali mediante moduli prettamente privatistici e non solo secondo logiche di "pubblica amministrazione".

Ciò si evince dall'**art. 141**, il cui comma 2 prevede che le Imprese pubbliche nonché i "Soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi" applichino le disposizioni sui settori speciali anche per i "contratti strumentali" - da un punto di vista funzionale - alle attività previste dagli artt. 146 - 152 del nuovo Codice; ciò significa che i soggetti che operano secondo moduli privatistici non sono tenuti ad esperire procedure ad evidenza pubblica per gli affidamenti a terzi, ove l'attività oggetto d'affidamento non sia "funzionalmente strumentale" all'attività del settore speciale.

Occorre sin d'ora mettersi in un'ottica d'interpretazione estensiva del concetto di

"attività strumentale", come si può rinvenire, ad esempio, dalla pronuncia della Corte di Giustizia Europea (causa C-521/18) che si è trovata ad analizzare la natura di una attività trasversale alla prestazione inerente ad un settore speciale, nello specifico un "servizio postale"; così ha specificato la Corte che "*..è difficilmente immaginabile che i servizi postali possano essere forniti in maniera adeguata in assenza di servizi di portierato, reception e presidio varchi degli uffici del prestatore interessato. Tale constatazione vale tanto per gli uffici aperti agli utenti dei servizi postali e che ricevono quindi il pubblico, quanto per gli uffici utilizzati per lo svolgimento di funzioni amministrative*".

Da quanto sopra potrebbe allora rimanere aperto il nodo circa l'interpretazione del concetto di "strumentalità", atteso che la stessa Corte di Giustizia Europea ne avrebbe, nell'esempio specifico, idealmente ampliato i confini a prestazioni che potrebbero avere una attinenza anche indiretta, con ciò potenzialmente obbligando Imprese pubbliche e i Soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi ad esperire procedure ad evidenza pubblica in molte più casistiche del previsto.

Come detto, il nuovo Codice dedica un libro intero ai Settori speciali, salvo indicare all'art. 141 dettagliatamente quali disposizioni del Libro I (in tema di principi generali) e del Libro II (in tema di appalto) siano da ritenersi applicabili; si segnalain particolare l'applicabilità delle norme sulla "digitalizzazione" (Libro I, Parte II), al pari delle stazioni appaltanti operanti nei settori ordinari con ciò significando che, **a far data del 1 gennaio 2024, i soggetti operanti nei settori speciali dovrebbero anch'essi utilizzare il sistema di piattaforme digitali** di cui abbiamo parlato nel precedente capitolo "**L'ecosistema nazionale approvvigionamenti digitali".**

Altra caratteristica che connota la specialità del settore è la presenza di norme di autoregolazione: sempre l'articolo 141 specifica, ad esempio, che le Imprese pubbliche ed i Soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi avranno facoltà d'istituire e gestire sistemi di qualificazione degli operatori economici, di prevedere una disciplina sulle funzioni del RUP in relazione alla propria organizzazione nonché di specificare, in funzione delle esigenze proprie del mercato, la nozione di 'variante in corso d'opera'.

Potranno le imprese - e questa è una delle novità di maggior rilievo da annotare - anche

determinare le dimensioni dell'oggetto dell'appalto e dei lotti in cui eventualmente suddividerlo, senza obbligo di motivazione aggiuntiva e tenendo conto delle esigenze del settore speciale in cui operano.

Sulla scelta del contraente l'**articolo 156** evidenzia, poi, una maggiore discrezionalità delle imprese operanti nei settori speciali, sia in ordine alle informazioni da fornire agli operatori economici, sia in merito alla valutazione ed ai termini per la ricezione delle offerte, con fissazione in accordo tra la Stazione Appaltante e tutti i candidati selezionati.

È data poi la possibilità alle stazioni appaltanti ed agli enti concedenti di ricorrere alla procedura aperta e ristretta (e dunque maggiormente vincolate), nonché a quelle più flessibili quali il Dialogo competitivo, il Partenariato per l'innovazione e la Procedura competitiva con negoziazione, il tutto senza obblighi di motivazione ulteriori e fatta l'eccezione per la procedura negoziata senza pubblicazione di un bando (si segnalano a tal proposito gli **articoli dal 155 al 158**).

D'interesse, poi, l'**articolo 168** che definisce procedure di gara con sistemi di qualificazione riservate ai soli settori speciali; in buona sostanza le stazioni appaltanti o gli enti concedenti potranno istituire e gestire un sistema di qualificazione degli operatori economici da cui poter attingere per scegliere i concorrenti da invitare alle procedure ristrette o negoziate. Dal canto loro gli operatori economici potranno chiedere, in qualsiasi momento, di essere qualificati ed il sistema di qualificazione dovrà permettere di definire requisiti che potranno anche differire dagli ordinari requisiti di partecipazione, di capacita economico-finanziaria o tecnico-professionale ai fini dell'iscrizione da parte degli Operatori economici.

Si segnala anche l'**articolo 169 comma 1** che prevede che le Imprese pubbliche ed i Soggetti titolari di diritti speciali esclusivi possano stabilire, preventivamente, quali condotte costituiscono gravi illeciti professionali agli effetti degli artt. 95-98 D.Lgs.n. 36/2023; sembra dunque data la possibilità, per le Stazioni appaltanti, di decidere autonomamente quali condotte considerare rilevanti ai fini della configurabilità di un grave illecito professionale.

Quanto, infine, alle norme relative alla fase esecutiva, trovano in generale applicazione le norme civilistiche e, quindi, non sembra richiamabile la norma del Codice dei Contratti sull'anticipazione del prezzo (pari al 20% calcolato sul valore dell'appalto da corrispondere all'appaltatore) norma che si rinviene oggi nella Parte VI del Codice (articolo 125).

Per espressa previsione dell'articolo 141, invece, troverebbero applicazione nella fase esecutiva, anche nei settori speciali, le norme relative al subappalto (**articolo 119**), alle modifiche del contratto (**articolo 120**), ai requisiti per l'esecuzione (**articolo 113**), ai meccanismi di risoluzione contrattuale (**articolo 122**).

Sempre in ordine alla non applicabilità di norme si segnala la non applicabilità del Codice, seppure in presenza di attività inerente i settori speciali, nei casi di contratti destinati ad una attività direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili (**art. 143 comma 1**), o nei casi di appalti aggiudicati a scopo di rivendita o di locazione a terzi (**articolo 144**), o nei casi di contratti aggiudicati dalle stazioni appaltanti o dagli enti concedenti per l'esercizio delle attività proprie dei settori speciali in un Paese terzo, in circostanze, però, che non comportino lo sfruttamento materiale di una rete o di un'area geografica all'interno dell'Unione europea (**articolo 145**).

Scheda riepilogativa

Viene individuato in modo sostanzialmente completo l'ambito soggettivo d'applicazione del Libro III, nonché le disposizioni generali degli altri Libri che risultano applicabili ai settori speciali. Si rinviene poi una generale autosufficienza delle norme previste per i settori speciali.

Non pare mutato l'ambito soggettivo e oggettivo della disciplina sui settori speciali rispetto alla previgente normativa, ponendosi quindi in un regime di sostanziale continuità con il vecchio Codice.

Sicuramente però viene offerta maggiore chiarezza agli operatori del settore, i quali trovano le norme applicabili racchiuse in un unico Libro.

Nella parte dedicata alle procedure per la scelta del contraente, vengono eliminate dal sistema i rinvii caratterizzati nel vecchio Codice dalla dicitura "nei limiti della compatibilità", in favore, invece, di rinvii più puntuali e specifici.

La disciplina dettata dal Libro III, Parte III delinea in maniera puntuale il contenuto e le modalità di comunicazione e pubblicazione dei bandi, delle informazioni, degli avvisi e dei documenti di gara, con specifiche disposizioni tese a garantire la protezione della eventuale natura riservata delle informazioni in essi recate.

In tema di selezione dei partecipanti e delle offerte, la Parte IV opera una puntuale individuazione delle disposizioni generali applicabili, anche all'ambito dei settori speciali, per quanto riguarda la selezione dei partecipanti e delle offerte, nonché le procedure di scelta del contraente. Essa introduce, però, ulteriori disposizioni relative ad ambiti specifici, con particolare riguardo a quello dei sistemi di qualificazione (articolo 168) ed a quello delle procedure di gara regolamentate (articolo 169).

Viene quindi delineata una procedura di gara "ordinaria e residuale", nel senso che essa è applicabile a condizione che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti non intendano far ricorso alla procedura di gara mediante il sistema di qualificazione (di cui all'articolo 168) o alla procedura regolamentata (di cui all'articolo 169).

AUTORI

avv. Andrea Stefanelli
a.stefanelli@studiolegalestefanelli.it

avv. Fabio Caruso
f.caruso@studiolegalestefanelli.it

avv. Adriano Colomban
a.colomban@studiolegalestefanelli.it

avv. Eleonora Pettazzoni
e.pettazzoni@studiolegalestefanelli.it

Studio Legale Stefanelli&Stefanelli
www.studiolegalestefanelli.it

Bologna: Via Azzo Gardino 8/A - 40122
Milano: Via Nino Bixio, 31 - 20129
Roma: Palazzo Marignoli - Piazza di San Silvestro, 8 - 00187
Venezia: Sestiere Castello 2388 - 30122

Edizione: Settembre 2023

Tutti i diritti di traduzione, di riproduzione, di adattamento, totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati. Ogni permesso deve essere dato per iscritto dall'editore.