



PROGETTO “PROVINCE & COMUNI - LE PROVINCE E IL
SISTEMA DEI SERVIZI A SUPPORTO DEI COMUNI”

**MANUALISTICA A SUPPORTO DELLE SUA
NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
D. LGS. 31 MARZO 2023, N. 36**

BUSSOLA

PREFAZIONE

L'UPI ha sottoscritto, in data 2 dicembre 2019, una Convenzione con la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della Funzione Pubblica per la regolamentazione dei rapporti di attuazione, gestione e controllo relativi al Progetto "Province & Comuni - Le Province e il sistema dei servizi a supporto dei Comuni" – CUP G59F19000090007, Asse 3 Rafforzamento della governance multilivello nei programmi di Investimento Pubblico, OT11 Rafforzamento della capacità amministrativa, Priorità di investimento 11a Miglioramento della governance multilivello e della capacità amministrativa e tecnica delle PA nei programmi di investimento pubblico, Azione 3.1.5 – Interventi mirati di accompagnamento del processo di riforma degli Enti locali con riferimento all'attuazione delle politiche sostenute dal FESR e in chiave complementare agli interventi previsti in Asse I, nell'ambito del Programma Operativo Nazionale "Governance e Capacità Istituzionale" 2014 -2020 FESR- FSE.

Con Decreto n. 66 del 18/07/2023 dell'Autorità di gestione del PON GOV 2014-2020 e dell'Unità di gestione del Programma Operativo Complementare al PON GOV 2014-2020 il progetto Province e Comuni è stato defanziato dal PON "Governance e Capacità Istituzionale" 2014-2020, a far data dal 18/07/2023, e successivamente ammesso, con Decreto del Capo Dipartimento della funzione pubblica ID n. 47745423 del 3 agosto 2023, a valere sulle risorse dell'Asse dedicato alle risorse in salvaguardia ex art. 242 del Decreto-Legge 19 maggio 2020 n. 34 (Decreto "Rilancio") del Programma Operativo Complementare al PON "Governance e Capacità Istituzionale" 2014-2020.

La finalità generale del Progetto "Province & Comuni" è quella di migliorare la capacità amministrativa delle Province e degli enti locali, accompagnando il percorso avviato dalla Legge 56/14 che, accanto al riconoscimento di funzioni fondamentali, assegna alle Province un ruolo di supporto dei Comuni del territorio, per migliorare l'efficienza e la funzionalità dei servizi offerti dagli enti locali e favorire lo sviluppo dei territori. Il Progetto prevede la definizione di un assetto organizzativo per la piena messa in opera del sistema di servizi a supporto dei Comuni, in modo da garantire maggiore efficacia e semplificazione delle azioni dell'amministrazione nei tre settori seguenti:

- Stazione unica appaltante su lavori, forniture e servizi, per razionalizzare la spesa pubblica negli enti locali;
- Progettazione e start up del Servizio Associato Politiche Europee, per supportare il territorio nel reperire risorse comunitarie;
- Servizi di innovazione, raccolta ed elaborazione dati, per la realizzazione dell'Agenda Digitale per migliorare, ammodernare e facilitare la realizzazione di servizi associati efficienti su bacini di area vasta.

Per quanto concerne nello specifico la linea di Intervento L3, Azione A10 l'UPI ha inteso realizzare un articolato servizio di produzione di **Manualistica a supporto delle SUA con riferimento al Nuovo codice dei contratti pubblici - Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36** (G.U. n. 77 del 31 marzo 2023 - S.O. n. 12), attraverso l'offerta di una serie di servizi, tra loro profondamente integrati, che consentano di mettere a

disposizione delle 76 Province aderenti un ventaglio di output per orientarsi nell'applicazione del nuovo regime disciplinare, agevolando il governo della fase transitoria.

Tra questi servizi si inserisce, come logicamente prioritario, “Bussola”, che consiste nella predisposizione di schede di lettura articolo per articolo del nuovo Codice, contemplanti un costante raffronto comparativo con la disciplina del D.Lgs. 50/2016 e con quella delle direttive eurounitarie, di cui il novellato Codice costituisce spesso fedele trasposizione.

L'obiettivo è quello di mettere a disposizione, con un taglio snello e di agevole consultazione anche nella scelta della veste grafica, un vero e proprio manuale operativo che consenta di orientarsi nel nuovo panorama normativo, cogliendo con immediatezza le previsioni di natura innovativa.

L'attivazione dei link ipertestuali agevola la “navigazione” tra le disposizioni del Codice.

L'impostazione non è quella di un commentario dottrinario, quanto piuttosto di un “breviario” che, rivolgendosi ad operatori di settore, dia per scontata la conoscenza degli istituti e del previgente Codice (D.Lgs. 50/2016), focalizzando l'attenzione sulle novità normative di maggior impatto.

In questo lavoro si è tenuta in prioritaria considerazione la Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato di accompagnamento allo Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante “Delega al Governo in materia di contratti pubblici, la quale costituisce un «“materiale della legge” che si propone come un vero e proprio manuale operativo per l'uso del nuovo codice».

Ne sono stati in larga parte ripresi i contenuti, stante la funzione di indirizzo attuativo che svolge (in sostituzione delle linee guida non vincolanti), aggiornandoli alla versione definitivamente approvata, tenendo conto dei pareri resi durante l'iter parlamentare, e dando atto delle disposizioni di natura attuativa nel frattempo adottate.

Pur nella consapevolezza che solo l'effettiva applicazione del Codice potrà far emergere, in tutta la loro complessità, i profili di criticità su cui operatori, magistrati e dottrina saranno chiamati a confrontarsi, si è tentato di offrire già in questa sede, su taluni aspetti, un'ipotesi ricostruttiva, rinviando agli altri servizi, che si pongono in chiave complementare, la predisposizione di una specifica sezione di FAQ.

Il presente lavoro è stato curato da un team di giuristi, con solido background accademico, di Gandino Paire – Studio di Avvocati Associazione tra Amministrativisti.

Roma, settembre 2023

INDICE

LIBRO I

DEI PRINCIPI, DELLA DIGITALIZZAZIONE, DELLA PROGRAMMAZIONE, DELLA PROGETTAZIONE

PARTE I

DEI PRINCIPI

Titolo I

I principi generali

<u>Art. 1</u> - Principio del risultato.....	1
<u>Art. 2</u> - Principio della fiducia.....	2
<u>Art. 3</u> - Principio dell'accesso al mercato.....	3
<u>Art. 4</u> - Criterio interpretativo e applicativo.....	3
<u>Art. 5</u> - Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento.....	3
<u>Art. 6</u> - Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore....	4
<u>Art. 7</u> - Principio di auto-organizzazione amministrativa.....	5
<u>Art. 8</u> - Principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito.....	6
<u>Art. 9</u> - Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale.....	7
<u>Art. 10</u> - Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione.....	8
<u>Art. 11</u> - Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti.....	9
<u>Art. 12</u> - Rinvio esterno.....	11

Titolo II

L'ambito di applicazione, il responsabile unico e le fasi dell'affidamento.

<u>Art. 13</u> - Ambito di applicazione.....	11
<u>Art. 14</u> - Soglie di rilevanza europea e metodi di calcolo dell'importo stimato degli appalti. Disciplina dei contratti misti.....	12
<u>Art. 15</u> - Responsabile unico del progetto (RUP).....	17
<u>Art. 16</u> - Conflitto di interessi.....	19
<u>Art. 17</u> - Fasi delle procedure di affidamento.....	20
<u>Art. 18</u> - Il contratto e la sua stipulazione.....	22

PARTE II

DELLA DIGITALIZZAZIONE DEL CICLO DI VITA DEI CONTRATTI

<u>Art. 19</u> - Principi e diritti digitali.....	25
<u>Art. 20</u> - Principi in materia di trasparenza.....	26
<u>Art. 21</u> - Ciclo di vita digitale dei contratti pubblici.....	27
<u>Art. 22</u> - Ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale (e-procurement).....	28
<u>Art. 23</u> - Banca dati nazionale dei contratti pubblici.....	28
<u>Art. 24</u> - Fascicolo virtuale dell'operatore economico.....	30
<u>Art. 25</u> - Piattaforme di approvvigionamento digitale.....	31
<u>Art. 26</u> - Regole tecniche.....	32
<u>Art. 27</u> - Pubblicità legale degli atti.....	33
<u>Art. 28</u> - Trasparenza dei contratti pubblici.....	34
<u>Art. 29</u> - Regole applicabili alle comunicazioni.....	35
<u>Art. 30</u> - Uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici.....	35
<u>Art. 31</u> - Anagrafe degli operatori economici partecipanti agli appalti.....	36
<u>Art. 32</u> - Sistemi dinamici di acquisizione.....	37
<u>Art. 33</u> - Aste elettroniche.....	39
<u>Art. 34</u> - Cataloghi elettronici.....	42
<u>Art. 35</u> - Accesso agli atti e riservatezza.....	43
<u>Art. 36</u> - Norme procedurali e processuali in tema di accesso.....	45

PARTE III

DELLA PROGRAMMAZIONE

<u>Art. 37</u> - Programmazione dei lavori e degli acquisti di beni e servizi.....	48
<u>Art. 38</u> - Localizzazione e approvazione del progetto delle opere.....	50
<u>Art. 39</u> - Programmazione e progettazione delle infrastrutture strategiche e di preminente interesse nazionale.....	53
<u>Art. 40</u> - Dibattito pubblico.....	55

PARTE IV

DELLA PROGETTAZIONE

<u>Art. 41</u> - Livelli e contenuti della progettazione.....	57
<u>Art. 42</u> - Verifica della progettazione.....	63
<u>Art. 43</u> - Metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni.....	64

<u>Art. 44</u> - Appalto integrato.....	66
<u>Art. 45</u> - Incentivi alle funzioni tecniche.....	68
<u>Art. 46</u> - Concorsi di progettazione.....	70
<u>Art. 47</u> - Consiglio superiore dei lavori pubblici.....	71

LIBRO II

DELL'APPALTO

PARTE I

DEI CONTRATTI DI IMPORTO INFERIORE ALLE SOGLIE EUROPEE

<u>Art. 48</u> - Disciplina comune applicabile ai contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea.....	74
<u>Art. 49</u> - Principio di rotazione degli affidamenti.....	75
<u>Art. 50</u> - Procedure per l'affidamento.....	77
<u>Art. 51</u> - Commissione giudicatrice.....	82
<u>Art. 52</u> - Controllo sul possesso dei requisiti.....	83
<u>Art. 53</u> - Garanzie a corredo dell'offerta e garanzie definitive.....	84
<u>Art. 54</u> - Esclusione automatica delle offerte anomale.....	85
<u>Art. 55</u> - Termini dilatori.....	89

PARTE II

DEGLI ISTITUTI E DELLE CLAUSOLE COMUNI

<u>Art. 56</u> - Appalti esclusi nei settori ordinari.....	90
<u>Art. 57</u> - Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale.....	92
<u>Art. 58</u> - Suddivisione in lotti.....	94
<u>Art. 59</u> - Accordi quadro.....	97
<u>Art. 60</u> - Revisione prezzi.....	99
<u>Art. 61</u> - Contratti riservati.....	100

PARTE III

DEI SOGGETTI

Titolo I

Le stazioni appaltanti

<u>Art. 62</u> - Aggregazioni e centralizzazione delle committenze ¹	102
<u>Art. 63</u> - Qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza ¹	108

<u>Art. 64</u> - Appalti che coinvolgono stazioni appaltanti di Stati membri diversi.....	110
-------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Titolo II

Gli operatori economici

<u>Art. 65</u> - Operatori economici.....	111
<u>Art. 66</u> - Operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria.....	113
<u>Art. 67</u> - Consorzi non necessari.....	114
<u>Art. 68</u> - Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici.....	117
<u>Art. 69</u> - Accordo sugli Appalti Pubblici (AAP) e altri accordi internazionali.....	122

PARTE IV

DELLE PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE

<u>Art. 70</u> - Procedure di scelta e relativi presupposti.....	123
<u>Art. 71</u> - Procedura aperta.....	126
<u>Art. 72</u> - Procedura ristretta.....	128
<u>Art. 73</u> - Procedura competitiva con negoziazione.....	123
<u>Art. 74</u> - Dialogo competitivo.....	130
<u>Art. 75</u> - Partenariato per l'innovazione.....	133
<u>Art. 76</u> - Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando.....	134

PARTE V

DELLO SVOLGIMENTO DELLE PROCEDURE

Titolo I

Gli atti preparatori

<u>Art. 77</u> - Consultazioni preliminari di mercato.....	138
<u>Art. 78</u> - Partecipazione alle consultazioni preliminari di candidati o offerenti.....	139
<u>Art. 79</u> - Specifiche tecniche.....	140
<u>Art. 80</u> - Etichettature.....	140
<u>Art. 81</u> - Avvisi di pre-informazione.....	140
<u>Art. 82</u> - Documenti di gara.....	142

Titolo II

I bandi, gli avvisi e gli inviti

<u>Art. 83</u> - Bandi e avvisi: contenuti e modalità di redazione.....	143
<u>Art. 84</u> - Pubblicazione a livello europeo.....	144
<u>Art. 85</u> - Pubblicazione a livello nazionale.....	145

<u>Art. 86</u> - Avviso volontario per la trasparenza preventiva.....	146
<u>Art. 87</u> - Disciplinare di gara e capitolato speciale.....	147
<u>Art. 88</u> - Disponibilità digitale dei documenti di gara.....	147
<u>Art. 89</u> - Inviti ai candidati.....	148
<u>Art. 90</u> - Informazione ai candidati e agli offerenti.....	149

Titolo III

La documentazione dell'offerente e i termini per la presentazione delle domande e delle offerte

<u>Art. 91</u> - Domande, documento di gara unico europeo, offerte.....	150
<u>Art. 92</u> - Fissazione dei termini per la presentazione delle domande e delle offerte.....	151

Titolo IV

I requisiti di partecipazione e la selezione dei partecipanti

Capo I

La commissione giudicatrice

<u>Art. 93</u> - Commissione giudicatrice.....	152
------------------------------------------------	-----

Capo II

I requisiti di ordine generale

<u>Art. 94</u> - Cause di esclusione automatica.....	154
<u>Art. 95</u> - Cause di esclusione non automatica.....	158
<u>Art. 96</u> - Disciplina dell'esclusione.....	160
<u>Art. 97</u> - Cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti.....	164
<u>Art. 98</u> - Illecito professionale grave.....	166

Capo III

Gli altri requisiti di partecipazione alla gara

<u>Art. 99</u> - Verifica del possesso dei requisiti.....	169
<u>Art. 100</u> - Requisiti di ordine speciale.....	170
<u>Art. 101</u> - Soccorso istruttorio.....	174
<u>Art. 102</u> - Impegni dell'operatore economico.....	175
<u>Art. 103</u> - Requisiti di partecipazione a procedure di lavori di rilevante importo.....	176
<u>Art. 104</u> - Avvalimento.....	177
<u>Art. 105</u> - Rapporti di prova, certificazioni delle qualità, mezzi di prova, registro on line dei certificati e costi del ciclo vita.....	179
<u>Art. 106</u> - Garanzie per la partecipazione alla procedura.....	180

Titolo V

La selezione delle offerte

<u>Art. 107</u> - Principi generali in materia di selezione.....	182
<u>Art. 108</u> - Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture.....	184
<u>Art. 109</u> - Reputazione dell'impresa.....	189
<u>Art. 110</u> - Offerte anormalmente basse.....	190
<u>Art. 111</u> - Avvisi relativi agli appalti aggiudicati.....	193
<u>Art. 112</u> - Relazioni uniche sulle procedure di aggiudicazione degli appalti.....	194

PARTE VI

DELL'ESECUZIONE

<u>Art. 113</u> - Requisiti per l'esecuzione dell'appalto.....	196
<u>Art. 114</u> - Direzione dei lavori e dell'esecuzione dei contratti.....	196
<u>Art. 115</u> - Controllo tecnico contabile e amministrativo.....	199
<u>Art. 116</u> - Collaudo e verifica di conformità.....	200
<u>Art. 117</u> - Garanzie definitive.....	203
<u>Art. 118</u> - Garanzie per l'esecuzione di lavori di particolare valore.....	206
<u>Art. 119</u> - Subappalto.....	207
<u>Art. 120</u> - Modifica dei contratti in corso di esecuzione.....	212
<u>Art. 121</u> - Sospensione dell'esecuzione.....	217
<u>Art. 122</u> - Risoluzione.....	218
<u>Art. 123</u> - Recesso.....	220
<u>Art. 124</u> - Esecuzione o completamento dei lavori, servizi o forniture nel caso di procedura di insolvenza o di impedimento alla prosecuzione dell'affidamento con l'esecutore designato.....	221
<u>Art. 125</u> - Anticipazione, modalità e termini di pagamento del corrispettivo.....	223
<u>Art. 126</u> - Penali e premi di accelerazione.....	226

PARTE VII

DISPOSIZIONI PARTICOLARI PER ALCUNI CONTRATTI DEI SETTORI ORDINARI

Titolo I

I servizi sociali e i servizi assimilati

<u>Art. 127</u> - Norme applicabili ai servizi sociali e assimilati.....	227
<u>Art. 128</u> - Servizi alla persona.....	228

Titolo II

Gli appalti di servizi sociali e di altri servizi nei settori ordinari

<u>Art. 129</u> - Appalti riservati.....	229
<u>Art. 130</u> - Servizi di ristorazione.....	230
<u>Art. 131</u> - Servizi sostitutivi di mensa.....	231

Titolo III

I Contratti nel settore dei beni culturali

<u>Art. 132</u> - Disciplina comune applicabile ai contratti nel settore dei beni culturali.....	233
<u>Art. 133</u> - Requisiti di qualificazione.....	233
<u>Art. 134</u> - Contratti gratuiti e forme speciali di partenariato.....	234

Titolo IV

I servizi di ricerca e sviluppo

<u>Art. 135</u> - Servizi di ricerca e sviluppo.....	235
------------------------------------------------------	-----

Titolo V

I contratti nel settore della difesa e sicurezza. I contratti secretati

<u>Art. 136</u> - Difesa e sicurezza.....	236
<u>Art. 137</u> - Contratti misti concernenti aspetti di difesa e sicurezza.....	237
<u>Art. 138</u> - Contratti e concorsi di progettazione aggiudicati o organizzati in base a norme internazionali.....	238
<u>Art. 139</u> - Contratti secretati.....	239

Titolo VI

Le procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile

<u>Art. 140</u> - Procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile.....	240
----------------------------------------------------------------------------------	-----

LIBRO III

DELL'APPALTO NEI SETTORI SPECIALI

PARTE I

DISPOSIZIONI GENERALI

<u>Art. 141</u> - Ambito e norme applicabili.....	244
<u>Art. 142</u> - Joint venture e affidamenti a imprese collegate.....	246
<u>Art. 143</u> - Attività esposte direttamente alla concorrenza.....	247
<u>Art. 144</u> - Appalti aggiudicati a scopo di rivendita o di locazione a terzi.....	248
<u>Art. 145</u> - Attività svolte in Paesi terzi.....	249

<u>Art. 146</u> - Gas ed energia termica.....	250
<u>Art. 147</u> - Elettricità.....	250
<u>Art. 148</u> - Acqua.....	251
<u>Art. 149</u> - Servizi di trasporto.....	252
<u>Art. 150</u> - Settore dei porti e degli aeroporti.....	253
<u>Art. 151</u> - Settore dei servizi postali.....	253
<u>Art. 152</u> - Estrazione di gas e prospezione o estrazione di carbone o di altri combustibili solidi.....	254

PARTE II

DELLE PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE

<u>Art. 153</u> - Norme applicabili.....	255
<u>Art. 154</u> - Accordi quadro.....	256
<u>Art. 155</u> - Tipi di procedure.....	257
<u>Art. 156</u> - Procedura ristretta.....	258
<u>Art. 157</u> - Procedura negoziata con pubblicazione di un bando.....	259
<u>Art. 158</u> - Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando.....	260

PARTE III

DEI BANDI, DEGLI AVVISI E DEGLI INVITI

<u>Art. 159</u> - Disponibilità digitale dei documenti di gara.....	262
<u>Art. 160</u> - Comunicazione delle specifiche tecniche.....	263
<u>Art. 161</u> - Pubblicità e avviso periodico indicativo.....	264
<u>Art. 162</u> - Avvisi sull'esistenza di un sistema di qualificazione.....	265
<u>Art. 163</u> - Bandi di gara e avvisi relativi agli appalti aggiudicati.....	265
<u>Art. 164</u> - Redazione e modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi.....	266
<u>Art. 165</u> - Inviti ai candidati.....	267
<u>Art. 166</u> - Informazioni a coloro che hanno chiesto una qualificazione, ai candidati e agli offerenti.....	268

PARTE IV

DELLA SELEZIONE DEI PARTECIPANTI E DELLE OFFERTE

<u>Art. 167</u> - Ulteriori disposizioni applicabili nella scelta del contraente.....	269
<u>Art. 168</u> - Procedure di gara con sistemi di qualificazione.....	270
<u>Art. 169</u> - Procedure di gara regolamentate.....	271
<u>Art. 170</u> - Offerte contenenti prodotti originari di Paesi terzi.....	272
<u>Art. 171</u> - Relazioni con Paesi terzi in materia di lavori, servizi e forniture.....	274

<u>Art. 172</u> - Relazioni uniche sulle procedure di aggiudicazione degli appalti.....	275
<u>Art. 173</u> - Servizi sociali e altri servizi assimilati.....	276

LIBRO IV

DEL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO E DELLE CONCESSIONI

PARTE I

DISPOSIZIONI GENERALI

<u>Art. 174</u> - Nozione.....	277
<u>Art. 175</u> - Programmazione, valutazione preliminare, controllo e monitoraggio.....	278

PARTE II

DEI CONTRATTI DI CONCESSIONE

Titolo I

L'ambito di applicazione e i principi generali

<u>Art. 176</u> - Oggetto e ambito di applicazione.....	281
<u>Art. 177</u> - Contratto di concessione e traslazione del rischio operativo.....	281
<u>Art. 178</u> - Durata della concessione.....	283
<u>Art. 179</u> - Soglia e metodi di calcolo del valore stimato delle concessioni.....	284
<u>Art. 180</u> - Contratti misti di concessione.....	286
<u>Art. 181</u> - Contratti esclusi.....	287

Titolo II

L'aggiudicazione delle concessioni: principi generali e garanzie procedurali

<u>Art. 182</u> - Bando.....	288
<u>Art. 183</u> - Procedimento.....	290
<u>Art. 184</u> - Termini e comunicazioni.....	293
<u>Art. 185</u> - Criteri di aggiudicazione.....	294
<u>Art. 186</u> - Affidamenti dei concessionari.....	296
<u>Art. 187</u> - Contratti di concessione di importo inferiore alla soglia europea.....	298

Titolo III

L'esecuzione delle concessioni

<u>Art. 188</u> - Subappalto.....	299
<u>Art. 189</u> - Modifica di contratti durante il periodo di efficacia.....	299
<u>Art. 190</u> - Risoluzione e recesso.....	301
<u>Art. 191</u> - Subentro.....	304

<u>Art. 192</u> - Revisione del contratto di concessione.....	305
---------------------------------------------------------------	-----

Titolo IV

La finanza di progetto

<u>Art. 193</u> - Procedura di affidamento.....	307
-------------------------------------------------	-----

<u>Art. 194</u> - Società di scopo.....	310
-----------------------------------------	-----

<u>Art. 195</u> - Obbligazioni delle società di scopo.....	311
------------------------------------------------------------	-----

PARTE III

DELLA LOCAZIONE FINANZIARIA

<u>Art. 196</u> - Definizione e disciplina.....	313
-------------------------------------------------	-----

PARTE IV

DEL CONTRATTO DI DISPONIBILITÀ

<u>Art. 197</u> - Definizione e disciplina.....	316
-------------------------------------------------	-----

PARTE V

ALTRE DISPOSIZIONI IN MATERIA DI PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO

<u>Art. 198</u> - Altre disposizioni in materia di gara.....	318
--------------------------------------------------------------	-----

<u>Art. 199</u> - Privilegio sui crediti e ulteriori garanzie.....	319
--------------------------------------------------------------------	-----

<u>Art. 200</u> - Contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica.....	321
---------------------------------------------------------------------------------------	-----

<u>Art. 201</u> - Partenariato sociale.....	322
---------------------------------------------	-----

<u>Art. 202</u> - Cessione di immobili in cambio di opere.....	323
----------------------------------------------------------------	-----

PARTE VI

DEI SERVIZI GLOBALI

<u>Art. 203</u> - Affidamento di servizi globali.....	324
-------------------------------------------------------	-----

<u>Art. 204</u> - Contraente generale.....	325
--------------------------------------------	-----

<u>Art. 205</u> - Procedure di aggiudicazione del contraente generale.....	328
----------------------------------------------------------------------------	-----

<u>Art. 206</u> - Controlli sull'esecuzione e collaudo.....	330
-------------------------------------------------------------	-----

<u>Art. 207</u> - Sistema di qualificazione del contraente generale.....	330
--------------------------------------------------------------------------	-----

<u>Art. 208</u> - Servizi globali su beni immobili.....	331
---------------------------------------------------------	-----

LIBRO V

DEL CONTENZIOSO E DELL'AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE.

DISPOSIZIONI FINALI E TRANSITORIE

PARTE I

DEL CONTENZIOSO

Titolo I

I ricorsi giurisdizionali

<u>Art. 209</u> - Modifiche al codice del processo amministrativo di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.....	333
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Titolo II

I rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale

<u>Art. 210</u> - Accordo bonario per i lavori.....	337
<u>Art. 211</u> - Accordo bonario per i servizi e le forniture.....	339
<u>Art. 212</u> - Transazione.....	339
<u>Art. 213</u> - Arbitrato.....	340
<u>Art. 214</u> - Camera arbitrale, albo degli arbitri ed elenco dei segretari.....	343
<u>Art. 215</u> - Collegio consultivo tecnico.....	344
<u>Art. 216</u> - Pareri obbligatori.....	345
<u>Art. 217</u> - Determinazioni.....	346
<u>Art. 218</u> - Costituzione facoltativa del collegio consultivo tecnico.....	347
<u>Art. 219</u> - Scioglimento del collegio consultivo tecnico.....	347
<u>Art. 220</u> - Pareri di precontenzioso e legittimazione ad agire dell'ANAC.....	347

PARTE II

DELLA GOVERNANCE

<u>Art. 221</u> - Indirizzo, coordinamento e monitoraggio presso la Cabina di regia. Governance dei servizi.....	349
<u>Art. 222</u> - Autorità nazionale anticorruzione (ANAC).....	351
<u>Art. 223</u> - Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e struttura tecnica di missione.....	356

PARTE III

DISPOSIZIONI TRANSITORIE, DI COORDINAMENTO E ABROGAZIONI

<u>Art. 224</u> - Disposizioni ulteriori.....	359
<u>Art. 225</u> - Disposizioni transitorie e di coordinamento.....	361
<u>Art. 226</u> - Abrogazioni e disposizioni finali.....	365
<u>Art. 227</u> - Aggiornamenti.....	367
<u>Art. 228</u> - Clausola di invarianza finanziaria.....	367
<u>Art. 229</u> - Entrata in vigore.....	367

LIBRO PRIMO

DEI PRINCIPI, DELLA DIGITALIZZAZIONE, DELLA PROGRAMMAZIONE, DELLA PROGETTAZIONE

PARTE I

DEI PRINCIPI

TITOLO I

I PRINCIPI GENERALI

Art. 1 – Principio del risultato

- 1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.*
- 2. La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto, di seguito denominato «codice» e ne assicura la piena verificabilità.*
- 3. Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea.*
- 4. Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva.*

Il previgente D.Lgs. 50/2016 non conteneva una parte iniziale dedicata ai principi generali.

Il ruolo dei principi nel codice precedente subiva una compressione rilevante da parte di disposizioni puntuali, finendo per erodere ambiti di discrezionalità alle amministrazioni pubbliche, indotte a considerare tali principi come meri valori astratti.

Ad oggi, invece, i principi hanno una **valenza deontologica** e, quali criteri di valutazione dell'azione amministrativa, hanno anche una **funzione nomopoietica**.

Per risultato (**co. 1**) si intende l'interesse pubblico primario che stazioni appaltanti ed enti concedenti devono perseguire: si tratta di un corollario dei più generali principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

Il **co. 2** enuncia il **valore funzionale** della concorrenza e della trasparenza: non mero fine, bensì strumento per raggiungere il risultato.

Se la concorrenza è intesa come metodo (art. 97 Cost.), la trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità, garantendo la piena verificabilità dell'azione amministrativa.

Alla luce del diritto unionale, **il codice non impone il mercato, ma il rispetto della concorrenza** qualora si scelga di andare sul mercato.

La **Corte costituzionale**, infatti, ha statuito che la concorrenza non è un fine, ma uno strumento sacrificabile a fronte di interessi superiori (**sent. 131/2020**) e che il perseguimento della stessa incontra pur sempre il limite della ragionevolezza e del bilanciamento con gli altri interessi (**sent. 218/2021**).

Art. 2 – Principio della fiducia

1. *L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici.*

2. *Il principio della 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.*

3. *Nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto. Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti.*

4. *Per promuovere la fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, nonché per riqualificare le stazioni appaltanti e per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti, compresi i piani di formazione di cui all'articolo 15, comma 7.*

Tale principio è stato introdotto, superando la logica della sfiducia verso l'azione dei pubblici funzionari, dopo la sentenza della **Corte costituzionale 8/2022** sulla cd. "paura della firma".

La fiducia non è unilaterale e riguarda, pertanto, anche gli operatori economici che partecipano alle procedure ad evidenza pubblica: numerosi istituti (es. *self-cleaning*) presuppongono la fiducia dell'ordinamento giuridico, anche verso i privati che si relazionano con la P.A.

Il **co. 2** collega il principio della fiducia a quello del risultato, valorizzando i poteri discrezionali e valutativi delle pubbliche amministrazioni.

Il **co. 3**, in linea con la recente riforma dell'art. 323 c.p., ricollega la colpa grave alla sola violazione delle disposizioni di diritto, degli auto-vincoli, oltrechè alla violazione delle regole di prudenza, perizia e diligenza, salvo i casi di riferimento ad indirizzi giurisprudenziali prevalenti o ai pareri delle autorità competenti.

Art. 3 – Principio dell'accesso al mercato

Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità.

Il principio risponde all'esigenza di garantire la conservazione e l'implementazione del mercato concorrenziale, assicurando agli operatori economici pari opportunità di accesso alle procedure ad evidenza pubblica.

Art. 4 – Criterio interpretativo e applicativo

Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3.

L'articolo si collega ai principi summenzionati e stabilisce un chiaro criterio interpretativo ed applicativo: in ipotesi di dubbio, si deve privilegiare la soluzione ermeneutica funzionale a realizzare il risultato amministrativo, coerente con la fiducia verso la P.A. ed atta a favorire il più ampio accesso al mercato.

Art. 5 – Principio di buona fede e di tutela dell'affidamento

1. Nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento.

2. Nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede.

3. *In caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti. Nei casi in cui non spetta l'aggiudicazione, il danno da lesione dell'affidamento è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico.*

4. *Ai fini dell'azione di rivalsa della stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito.*

In linea con la giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, l'art. 5 introduce una disposizione specifica sull'obbligo di **reciproca correttezza** nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, le quali hanno una chiara valenza precontrattuale.

Il **co. 2** recepisce, invece, i principi sulla tutela dell'**affidamento incolpevole** (v. **Ad. Plen. 5/2018, 19 e 20/2021**): l'affidamento rappresenta un limite al potere amministrativo, rilevante in materia di diritti soggettivi ed interessi legittimi, così come nei rapporti di cui sia parte la P.A.

Il **co. 3** disciplina le condizioni di **risarcibilità del danno** da provvedimento favorevole successivamente annullato: nell'escludere il carattere incolpevole dell'affidamento si richiede la diligenza professionale esigibile dai concorrenti (**Ad. Plen. 20/2021**).

È risarcibile il solo interesse negativo, inteso come i costi inutilmente sostenuti per partecipare alla gara così come la perdita di *chance* contrattuale alternativa: tali danni devono essere effettivi e provati.

L'ultimo comma fonda un'azione di **rivalsa** da parte dell'amministrazione nei confronti dell'operatore economico aggiudicatario in virtù di una condotta illecita e sulla base del combinato disposto con gli **artt. 124 c.p.a. e 209 del codice**: la disposizione trae origine dall'**Ad. Plen. 2/2017**, secondo cui l'azione di rivalsa è volta ad evitare il consolidarsi di un arricchimento ingiusto.

Art. 6 – Principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore

In attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, la pubblica amministrazione può apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore di cui al codice del Terzo settore di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, sempre che gli stessi contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato. Non rientrano nel campo di applicazione del presente codice gli istituti disciplinati dal Titolo VII del codice del Terzo settore, di cui al decreto legislativo n. 117 del 2017.

La disposizione recepisce la sentenza della **Corte costituzionale 131/2020**, che ha sancito la coesistenza di **due modelli organizzativi alternativi per l'affidamento dei servizi sociali**, fondati rispettivamente sulla concorrenza e sulla solidarietà/sussidiarietà orizzontale.

Gli affidamenti diretti inerenti ai servizi sociali di interesse generale, erogati dagli enti del Terzo Settore, non rappresentano una deroga del principio concorrenziale, bensì uno schema alternativo da coordinare con il primo, nel rispetto degli artt. 2-118, co. 4 Cost.

Art. 7 – Principio di auto-organizzazione amministrativa

1. *Le pubbliche amministrazioni organizzano autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso l'auto-produzione, l'esternalizzazione e la cooperazione nel rispetto della disciplina del codice e del diritto dell'Unione europea.*

2. *Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono affidare direttamente a società in house lavori, servizi o forniture, nel rispetto dei principi di cui agli [articoli 1, 2 e 3](#). Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano per ciascun affidamento un provvedimento motivato in cui danno conto dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche. In caso di prestazioni strumentali, il provvedimento si intende sufficientemente motivato qualora dia conto dei vantaggi in termini di economicità, di celerità o di perseguimento di interessi strategici. I vantaggi di economicità possono emergere anche mediante la comparazione con gli standard di riferimento della società Consip S.p.a. e delle altre centrali di committenza, con i parametri ufficiali elaborati da altri enti regionali nazionali o esteri oppure, in mancanza, con gli standard di mercato.*

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

4. *La cooperazione tra stazioni appaltanti o enti concedenti volta al perseguimento di obiettivi di interesse comune non rientra nell'ambito di applicazione del codice quando concorrono tutte le seguenti condizioni: a) interviene esclusivamente tra due o più stazioni appaltanti o enti concedenti, anche con competenze diverse; b) garantisce la effettiva partecipazione di tutte le parti allo svolgimento di compiti funzionali all'attività di interesse comune, in un'ottica esclusivamente collaborativa e senza alcun rapporto sinallagmatico tra prestazioni; c) determina una convergenza sinergica su attività di interesse comune, pur nella eventuale diversità del fine perseguito da ciascuna amministrazione, purché l'accordo non tenda a realizzare la missione istituzionale di una sola delle amministrazioni aderenti; d) le stazioni appaltanti o gli enti concedenti partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione.*

L'art. 7 recepisce il principio sancito dall'**art. 2 direttiva 2014/23/UE**, in base al quale la P.A. sceglie come organizzare l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso tre modelli

alternativi: **auto-produzione**, **esternalizzazione** e **cooperazione** con altre pubbliche amministrazioni.

Si supera così l'opzione restrittiva sposata dal previgente codice, sebbene la parità tra il ricorso al mercato e l'auto-produzione sia solo tendenziale: il **ricorso all'in house**, infatti, deve essere sempre **motivato**, a differenza della soluzione di mercato.

L'onere motivazione in oggetto è stato comunque semplificato, considerato che lo stesso si intende soddisfatto allorquando l'amministrazione abbia dato conto dei vantaggi in termini di economicità, celerità e perseguimento degli interessi strategici.

Non si ripropone il procedimento di iscrizione nell'elenco ANAC delle stazioni appaltanti che operano affidamenti diretti nei confronti di società *in house* ex **art. 192 D.Lgs. 50/2016**.

Il **co. 1** perimetra il campo applicativo del principio di auto-organizzazione, coprendo l'intero panorama dei contratti pubblici (lavori, servizi e beni).

Il **co. 2** disciplina gli affidamenti *in house*, prevedendo una motivazione più semplice e fondata su ragioni economiche e sociali, invece che giuridico-formali.

Il **co. 3** si raccorda con il **D.Lgs. 201/2022**, in materia di servizi di interesse economico generale.

Il **co. 4** disciplina, infine, gli **accordi tra P.A.** per lo svolgimento in comune di compiti di interesse pubblico.

Art. 8 – Principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni di opera intellettuale a titolo gratuito

1. Nel perseguire le proprie finalità istituzionali le pubbliche amministrazioni sono dotate di autonomia contrattuale e possono concludere qualsiasi contratto, anche gratuito, salvi i divieti espressamente previsti dal codice e da altre disposizioni di legge.

2. Le prestazioni d'opera intellettuale non possono essere rese dai professionisti gratuitamente, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione. Salvo i predetti casi eccezionali, la pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso.

3. Le pubbliche amministrazioni possono ricevere per donazione beni o prestazioni rispondenti all'interesse pubblico senza obbligo di gara. Restano ferme le disposizioni del codice civile in materia di forma, revocazione e azione di riduzione delle donazioni.

In linea con le **Sezioni Unite 11656/2008**, la P.A. ha una generale e piena capacità negoziale, salvo i divieti di legge: il principio di tipicità dei provvedimenti non si estende ai contratti, per i quali vige l'opposto principio dell'atipicità ex art. 1322 c.c.

Si ribadisce la tassatività della limitazione della capacità negoziale, richiedendosi un'esplicita previsione di legge (es. **art. 4 D.Lgs. 175/2016**).

Il **co. 2** si rifà agli **artt. 2229 ss. c.c.**, tale per cui al generale divieto di prestazione gratuita delle prestazioni d'opera intellettuale segue il **principio dell'equo compenso (art. 2233 c.c.)**.

Salva tale eccezione, la disposizione ammette i contratti pubblici gratuiti.

L'ultimo comma introduce l'innovativa disciplina delle **donazioni di beni o prestazioni in favore delle pubbliche amministrazioni**: l'assenza di qualunque interesse economico determina una netta demarcazione rispetto ai contratti a titolo gratuito ex art. 13 e giustifica l'esenzione dall'obbligo di gara per la selezione del contraente.

La P.A., pertanto, ha piena capacità giuridica di ricevere per donazione, salva la previa valutazione di conformità della stessa all'interesse della collettività.

Art. 9 – Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale

- 1. Se sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali. Gli oneri per la rinegoziazione sono riconosciuti all'esecutore a valere sulle somme a disposizione indicate nel quadro economico dell'intervento, alle voci imprevisti e accantonamenti e, se necessario, anche utilizzando le economie da ribasso d'asta.*
- 2. Nell'ambito delle risorse individuate al comma 1, la rinegoziazione si limita al ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento, quale risultante dal bando e dal provvedimento di aggiudicazione, senza alterarne la sostanza economica.*
- 3. Se le circostanze sopravvenute di cui al comma 1 rendono la prestazione, in parte o temporaneamente, inutile o inutilizzabile per uno dei contraenti, questi ha diritto a una riduzione proporzionale del corrispettivo, secondo le regole dell'impossibilità parziale.*
- 4. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono l'inserimento nel contratto di clausole di rinegoziazione, dandone pubblicità nel bando o nell'avviso di indizione della gara, specie quando il contratto risulta particolarmente esposto per la sua durata, per il contesto economico di riferimento o per altre circostanze, al rischio delle interferenze da sopravvenienze.*
- 5. In applicazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale si applicano le disposizioni di cui agli articoli 60 e 120.*

L'art. 9 introduce una significativa innovazione nel panorama della contrattualistica pubblica.

La disposizione è volta a normare le sopravvenienze che possono verificarsi in sede di esecuzione del contratto, alterandone l'equilibrio originario o facendo venir meno l'interesse del creditore alla prestazione.

Il **co. 1** definisce le sopravvenienze e stabilisce il **diritto alla rinegoziazione della parte svantaggiata**, con corrispondente obbligo per la controparte.

Le sopravvenienze consistono in eventi imprevedibili, il cui rischio non sia stato volontariamente causato e causa di un'alterazione rilevante dell'originario equilibrio del contratto, estranea alla normale alea del contratto.

Lo squilibrio economico deve essere estraneo anche al normale ciclo economico e deve essere valutato alla luce delle circostanze del caso concreto, in un'accezione restrittiva.

Il **co. 2** impone di considerare anche il **complesso degli atti alla base della gara**, quali il bando ed il provvedimento di aggiudicazione: la finalità è circoscrivere la libertà dei contraenti in fase di rinegoziazione.

Come sottolineato dalla **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato**, *“la finalità è, dunque, quella di circoscrivere la libertà dei contraenti: l'accordo di rinegoziazione non solo deve avere ad oggetto il mero ripristino dell'equilibrio contrattuale originario, ma deve essere precipuamente volto a non alterarne la sostanza economica, in modo da evitare un'elusione delle regole della procedura ad evidenza pubblica”*.

Il **co. 3** disciplina l'ipotesi in cui le sopravvenienze incidano sull'utilità o utilizzabilità della prestazione per la parte creditrice (**artt. 1174-1464 c.c.**), incentivando la previsione di clausole di rinegoziazione (**co. 4**): si privilegia, così, il rimedio manutentivo rispetto a quello demolitorio.

Il **co. 5** rinvia agli **artt. 60 (revisione dei prezzi)** e **120 (modifiche dei contratti in corso di esecuzione)**, quali modalità applicative del principio di conservazione del contratto.

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

- 1. I contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice.*
- 2. Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte.*
- 3. Fermi i necessari requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese.*

Il **co. 1** statuisce il principio generale secondo cui possono contrattare con la P.A. solo gli operatori economici che non ricadono nelle cause di esclusione previste dal codice.

Il **co. 2** sancisce il **principio della tassatività delle cause di esclusione**: si riordinano e codificano tutte le cause di esclusione, in coerenza con i principi di qualità della regolazione e coerenza

sistematica, prevedendosi il divieto di introdurre altre cause di esclusione di fonte regolamentare o con la *lex specialis* della procedura di gara.

Si introduce, inoltre, la **eterointegrazione dei bandi e delle lettere di invito**, quale corollario della tassatività delle cause di esclusione: ove venga in rilievo un precetto previsto da una disposizione imperativa che impone un determinato onere ai partecipanti alla gara, la sua violazione non può che determinare l'esclusione, anche quando il bando abbia omissso la locuzione "a pena di esclusione".

Si prevede la nullità parziale delle "clausole ulteriori" di esclusione in contrasto con quelle previste dalla legge, fermo il divieto per le stazioni appaltanti di introdurle (**Ad. Plen. 22/2020**).

Il **co. 3** introduce i criteri (economico-finanziari, tecnico-professionali) di selezione dei concorrenti, determinanti l'esclusione: la disposizione richiama **l'art. 83, co. 2 D.Lgs. 50/2016**, fermo il principio di massima partecipazione alle gare.

Art. 11 – Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti

1. *Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.*

2. *Nei bandi e negli inviti le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione, in conformità al comma 1.*

3. *Gli operatori economici possono indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo da essi applicato, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente.*

4. *Nei casi di cui al comma 3, prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione le stazioni appaltanti e gli enti concedenti acquisiscono la dichiarazione con la quale l'operatore economico individuato si impegna ad applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale indicato nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per tutta la sua durata, ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele. In quest'ultimo caso, la dichiarazione è anche verificata con le modalità di cui all'[articolo 110](#).*

5. *Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano, in tutti i casi, che le medesime tutele normative ed economiche siano garantite ai lavoratori in subappalto.*

6. *In caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarità contributiva relativo a personale dipendente dell'affidatario o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi, impiegato nell'esecuzione del contratto, la stazione appaltante trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la cassa edile. In ogni caso sull'importo netto progressivo delle prestazioni è operata una ritenuta dello 0,50 per cento; le ritenute possono essere svincolate soltanto in sede di liquidazione finale, dopo*

l'approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo o di verifica di conformità, previo rilascio del documento unico di regolarità contributiva. In caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale di cui al primo periodo, il responsabile unico del progetto invita per iscritto il soggetto inadempiente, ed in ogni caso l'affidatario, a provvedervi entro i successivi quindici giorni. Ove non sia stata contestata formalmente e motivatamente la fondatezza della richiesta entro il termine di cui al terzo periodo, la stazione appaltante paga anche in corso d'opera direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate, detraendo il relativo importo dalle somme dovute all'affidatario del contratto ovvero dalle somme dovute al subappaltatore inadempiente nel caso in cui sia previsto il pagamento diretto.

La disposizione costituisce qualcosa di più di una mera norma di principio, dettando anche una disciplina di dettaglio delle cd. inadempienze contributive e del ritardo nei pagamenti.

Si attua l'art. 1, co. 2, lett. h), n. 2 della legge delega n. 78/2022: si vuole conseguire un risultato effettivo applicando norme maggiormente pregnanti e vincolanti in materia di diritto del lavoro.

Il **previgente codice** si occupava della questione nella fase iniziale della progettazione e della emanazione del bando (**art. 23, co. 16**), nella fase di valutazione delle offerte (**art. 95, co. 10 e 97, co. 5, lett. d**) e nella fase esecutiva dell'appalto (**art. 30, co. 4**).

Il **co. 1** prevede l'obbligo di applicare il **contratto collettivo nazionale** di lavoro in vigore per il settore e per la zona in cui si eseguono le prestazioni oggetto del contratto, connesso con l'attività dedotta nell'appalto o nella concessione svolta dall'impresa anche in via prevalente.

Secondo quanto sostenuto nella **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato**, *"la previsione non pare in contrasto con l'art. 39 Cost. in quanto non è diretta a estendere ex lege ed erga omnes l'efficacia del contratto collettivo, ma si limita a indicare le condizioni contrattuali che l'aggiudicatario deve applicare al personale impiegato, qualora, sulla base di una propria e autonoma scelta imprenditoriale, intenda conseguire l'appalto pubblico, restando libero di applicare condizioni contrattuali diverse nello svolgimento dell'attività imprenditoriale diversa; e restando libero di accettare o non la clausola dell'appalto pubblico oggetto dell'aggiudicazione (accettando, quindi, anche l'esclusione dalla procedura)".*

Il **co. 2** statuisce l'obbligo di **indicare il contratto collettivo applicabile già nel bando di gara o nell'invito**.

I **co. 3-4** dispongono per il caso in cui l'operatore applichi un **contratto differente, ma equivalente** a quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente: in tale ipotesi, l'operatore è tenuto a presentare un'ulteriore **dichiarazione** con cui si impegna ad applicare il contratto collettivo indicato per tutta la durata del contratto oppure la **dichiarazione di equivalenza** delle tutele.

Il **co. 5** prevede le medesime tutele anche per i lavoratori in **subappalto**.

Il **co. 6** disciplina l'**intervento sostitutivo** della stazione appaltante in caso di inadempienze contributive o retributive (v. **art. 30, co. 5, 5-bis, 6 D.Lgs. 50/2016**).

Art. 12 – Rinvio esterno

Per quanto non espressamente previsto nel codice:

- a) alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241;*
- b) alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile.*

È una disposizione di chiusura, emblema della commistione tra regole pubblicistiche e privatistiche. Data la suddivisione del procedimento di formazione del contratto in due fasi, regolate rispettivamente dal diritto pubblico e privato, l'art. 12 rinvia, per quanto non previsto dal codice, alla **legge n. 241/1990** ed al **codice civile**.

TITOLO II

L'AMBITO DI APPLICAZIONE, IL RESPONSABILE UNICO E LE FASI DELL'AFFIDAMENTO

Art. 13 – Ambito di applicazione

- 1. Le disposizioni del codice si applicano ai contratti di appalto e di concessione.*
- 2. Le disposizioni del codice non si applicano ai contratti esclusi, ai contratti attivi e ai contratti a titolo gratuito, anche qualora essi offrano opportunità di guadagno economico, anche indiretto.*
- 3. Le disposizioni del codice non si applicano ai contratti di società e alle operazioni straordinarie che non comportino nuovi affidamenti di lavori, servizi e forniture. Restano ferme le disposizioni del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, in materia di scelta del socio privato e di cessione di quote o di azioni.*
- 4. Con regolamento del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sentita l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), sono disciplinate, le procedure di scelta del contraente e l'esecuzione del contratto da svolgersi all'estero, tenuto conto dei principi fondamentali del presente codice e delle procedure applicate dall'Unione europea e dalle organizzazioni internazionali di cui l'Italia è parte. Resta ferma l'applicazione del presente codice alle procedure di affidamento svolte in Italia.*
- 5. L'affidamento dei contratti di cui al comma 2 che offrono opportunità di guadagno economico, anche indiretto, avviene tenendo conto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3.*
- 6. Le definizioni del codice sono contenute nell'allegato I.1.*
- 7. Le disposizioni del codice si applicano, altresì, all'aggiudicazione dei lavori pubblici da realizzarsi da parte di soggetti privati, titolari di permesso di costruire o di un altro titolo abilitativo, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'articolo 16, comma 2, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in*

materia di edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e dell'articolo 28, comma 5, della legge 17 agosto 1942, n. 1150, ovvero eseguono le relative opere in regime di convenzione. L'allegato I.12 individua le modalità di affidamento delle opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione.

Esso costituisce una **sintesi di plurime disposizioni** sparpagliate nel previgente codice ed oggi (i) in parte ricondotte nello stesso art. 13, (ii) in parte non più riproposte e (iii) in parte desumibili dal contenuto di disposizioni diverse ed ulteriori.

Il **co. 1** definisce **l'ambito di applicazione oggettivo**: contratti di appalto e concessioni.

Il **co. 2** individua i contratti cui le disposizioni del codice **non debbono applicarsi**: contratti esclusi dalle direttive eurounitarie; contratti attivi e contratti a titolo gratuito anche se offrono opportunità di guadagno. Tale comma deve essere letto in combinato disposto con il co. 5 che, a sua volta, rinvia ai principi ex artt. 1-2-3 del codice, laddove tali contratti offrano opportunità di guadagno economico, anche indiretto.

Il **co. 3**, invece, esclude dall'ambito applicativo del codice i contratti di società e le operazioni straordinarie che non comportino nuovi affidamenti di lavori, servizi e forniture: la disposizione non abroga gli **artt. 10, co. 2 e 17, co. 1 D.Lgs. 175/2016**.

Il **co. 4** rinvia ad un regolamento del Ministro degli Affari esteri, sentita l'ANAC, per la disciplina delle procedure di scelta del contraente e l'esecuzione del contratto da svolgersi all'estero.

I **co. 6-7** rinviano all'**Allegato I.1 e I.12** per la definizione dei termini codicistici e per l'aggiudicazione di lavori pubblici da realizzarsi da parte di soggetti privati, titolari di permesso di costruire o di altri titoli abilitativi, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire oppure che eseguono le relative opere in regime di convenzione.

Art. 14 – Soglie di rilevanza europea e metodi di calcolo dell'importo stimato degli appalti. Disciplina dei contratti misti

1. Per l'applicazione del codice le soglie di rilevanza europea sono:

- a) euro 5.382.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni;
- b) euro 140.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle stazioni appaltanti che sono autorità governative centrali indicate nell'allegato I alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014; se gli appalti pubblici di forniture sono aggiudicati da stazioni appaltanti operanti nel settore della difesa, questa soglia si applica solo agli appalti concernenti i prodotti menzionati nell'allegato III alla direttiva 2014/24/UE;

- c) euro 215.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da stazioni appaltanti sub-centrali; questa soglia si applica anche agli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle autorità governative centrali che operano nel settore della difesa, quando gli appalti concernono prodotti non menzionati nell'allegato III alla direttiva 2014/24/UE;
- d) euro 750.000 per gli appalti di servizi sociali e assimilati elencati all'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE.
2. Nei settori speciali le soglie di rilevanza europea sono: a) euro 5.382.000 per gli appalti di lavori; b) euro 431.000 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione; c) euro 1.000.000 per i contratti di servizi, per i servizi sociali e assimilati elencati nell'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE.
3. Le soglie di cui al presente articolo sono periodicamente rideterminate con provvedimento della Commissione europea, pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.
4. Il calcolo dell'importo stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), valutato dalla stazione appaltante. Il calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara. Quando la stazione appaltante prevede premi o pagamenti per i candidati o gli offerenti, ne tiene conto nel calcolo dell'importo stimato dell'appalto.
5. Se una stazione appaltante o un ente concedente sono composti da unità operative distinte, il calcolo dell'importo stimato di un appalto o di una concessione tiene conto dell'importo totale stimato per tutte le singole unità operative. Se un'unità operativa distinta è responsabile in modo indipendente del proprio appalto o della propria concessione o di determinate categorie di essi, il relativo importo può essere stimato con riferimento all'importo attribuito dall'unità operativa distinta.
6. La scelta del metodo per il calcolo dell'importo stimato di un appalto o concessione non può essere fatta per evitare l'applicazione delle disposizioni del codice relative alle soglie europee. Un appalto non può essere frazionato per evitare l'applicazione delle norme del codice, tranne nel caso in cui ragioni oggettive lo giustificano.
7. L'importo stimato dell'appalto o concessione è quantificato al momento dell'invio dell'avviso di indizione di gara o del bando di gara o, nei casi in cui non sia prevista un'indizione di gara, al momento in cui la stazione appaltante o l'ente concedente avvia la procedura di affidamento del contratto.
8. Per gli appalti pubblici di lavori il calcolo dell'importo stimato tiene conto dell'importo dei lavori stessi nonché dell'importo complessivo stimato di tutte le forniture e servizi messi a disposizione dell'aggiudicatario dalla stazione appaltante, a condizione che siano necessari all'esecuzione dei lavori. L'importo delle forniture o dei servizi non necessari all'esecuzione di uno specifico appalto di lavori non può essere aggiunto all'importo dell'appalto di lavori in modo da sottrarre l'acquisto di tali forniture o servizi dall'applicazione delle disposizioni del codice.
9. Per i contratti relativi a lavori e servizi:
- a) quando un'opera prevista o una prestazione di servizi può dare luogo ad appalti aggiudicati per lotti distinti, è computato l'importo complessivo stimato della totalità di tali lotti;
- b) quando l'importo cumulato dei lotti è pari o superiore alle soglie di cui ai commi 1 e 2, le disposizioni del codice si applicano all'aggiudicazione di ciascun lotto.
10. Per gli appalti di forniture:
- a) quando un progetto volto ad ottenere forniture omogenee può dare luogo ad appalti aggiudicati per lotti distinti, nell'applicazione delle soglie di cui ai commi 1 e 2 è computato l'importo complessivo stimato della totalità di tali lotti;

b) quando l'importo cumulato dei lotti è pari o superiore alle soglie di cui ai commi 1 e 2, le disposizioni del codice si applicano all'aggiudicazione di ciascun lotto.

11. In deroga a quanto previsto dai commi 9 e 10, le stazioni appaltanti possono aggiudicare l'appalto per singoli lotti senza applicare le disposizioni del codice quando l'importo stimato al netto dell'IVA del lotto sia inferiore a euro 80.000 per le forniture o i servizi, oppure a euro 1.000.000 per i lavori, purché l'importo cumulato dei lotti aggiudicati non superi il 20 per cento dell'importo complessivo di tutti i lotti in cui sono stati frazionati l'opera prevista, il progetto di acquisizione delle forniture omogenee o il progetto di prestazione servizi.

12. Se gli appalti pubblici di forniture o di servizi presentano caratteri di regolarità o sono destinati ad essere rinnovati entro un determinato periodo, è posto come base per il calcolo dell'importo stimato dell'appalto: a) l'importo reale complessivo dei contratti analoghi conclusi nel corso dei dodici mesi precedenti o dell'esercizio precedente, rettificato, ove possibile, al fine di tenere conto dei cambiamenti in termini di quantità o di importo che potrebbero sopravvenire nei dodici mesi successivi al contratto iniziale;

b) l'importo stimato complessivo dei contratti aggiudicati nel corso dei dodici mesi successivi alla prima consegna o nel corso dell'esercizio, se questo è superiore ai dodici mesi.

13. Per gli appalti pubblici di forniture aventi per oggetto la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto di prodotti, l'importo da assumere come base per il calcolo dell'importo stimato dell'appalto è il seguente:

a) per gli appalti pubblici di durata determinata pari o inferiore a dodici mesi, l'importo stimato complessivo per la durata dell'appalto o, se la durata supera i dodici mesi, l'importo complessivo, ivi compreso l'importo stimato di quello residuo;

b) per gli appalti pubblici di durata indeterminata o che non può essere definita, l'importo mensile moltiplicato per quarantotto.

14. Per gli appalti pubblici di servizi, l'importo da porre come base per il calcolo dell'importo stimato dell'appalto, a seconda del tipo di servizio, è il seguente:

a) per i servizi assicurativi il premio da pagare e altre forme di remunerazione;

b) per i servizi bancari e altri servizi finanziari gli onorari, le commissioni da pagare, gli interessi e altre forme di remunerazione;

c) per gli appalti riguardanti la progettazione gli onorari, le commissioni da pagare e altre forme di remunerazione;

d) per gli appalti pubblici di servizi che non fissano un prezzo complessivo:

1) in caso di appalti di durata determinata pari o inferiore a quarantotto mesi, l'importo complessivo stimato per l'intera loro durata;

2) in caso di appalti di durata indeterminata o superiore a quarantotto mesi, l'importo mensile moltiplicato per 48.

15. Il calcolo dell'importo stimato di un appalto misto di servizi e forniture si fonda sull'importo totale dei servizi e delle forniture, prescindendo dalle rispettive quote. Tale calcolo comprende l'importo delle operazioni di posa e di installazione.

16. Per gli accordi quadro e per i sistemi dinamici di acquisizione, l'importo da prendere in considerazione è l'importo massimo stimato al netto dell'IVA del complesso dei contratti previsti durante l'intera durata degli accordi quadro o del sistema dinamico di acquisizione.

17. Nel caso di partenariati per l'innovazione, l'importo da prendere in considerazione è l'importo massimo stimato, al netto dell'IVA, delle attività di ricerca e sviluppo che si svolgeranno per tutte le fasi del previsto partenariato, nonché delle forniture, dei servizi o dei lavori da mettere a punto e fornire alla fine del partenariato.

18. I contratti che hanno per oggetto due o più tipi di prestazioni sono aggiudicati secondo le disposizioni applicabili al tipo di appalto che ne costituisce l'oggetto principale. L'oggetto principale è determinato in base all'importo stimato più elevato tra quelli delle prestazioni oggetto dell'appalto. L'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi e forniture prevista dal contratto.

19. Se le diverse parti di un contratto sono oggettivamente separabili, si applicano i commi 20 e 21. Se le diverse parti di un contratto sono oggettivamente non separabili, si applica il comma 23.

20. Nel caso di appalti che per il loro oggetto rientrano solo in parte nel campo di applicazione del codice, le stazioni appaltanti possono scegliere di aggiudicare appalti distinti o di aggiudicare un appalto unico. Se le stazioni appaltanti scelgono di aggiudicare appalti distinti, il regime giuridico applicabile a ciascuno di tali appalti è determinato in base al suo oggetto.

21. I contratti misti che contengono elementi sia di appalti di forniture, lavori e servizi nei settori ordinari sia di concessioni sono aggiudicati in conformità alle disposizioni del codice che disciplinano gli appalti nei settori ordinari, purché l'importo stimato della parte del contratto che costituisce un appalto, calcolato secondo il presente articolo, sia pari o superiore alla soglia pertinente.

22. Nel caso di appalti il cui oggetto rientra in parte nei settori ordinari e in parte nei settori speciali, le disposizioni applicabili sono determinate dai commi seguenti, fatta salva la facoltà di cui al comma 20.

23. Se le diverse parti di un determinato contratto sono oggettivamente non separabili, il regime giuridico applicabile è determinato in base all'oggetto principale del contratto in questione.

24. Nei settori speciali, nel caso di contratti aventi ad oggetto prestazioni strumentali a più attività, le stazioni appaltanti possono scegliere di aggiudicare appalti distinti per ogni attività o di aggiudicare un appalto unico. Se le stazioni appaltanti scelgono di aggiudicare appalti distinti, il regime giuridico applicabile a ciascuno di essi è determinato in base all'attività cui è strumentale. Se le stazioni appaltanti decidono di aggiudicare un appalto unico, si applicano i commi 25 e 26. La decisione di aggiudicare un unico appalto o più appalti distinti non può essere adottata allo scopo di escludere l'appalto o gli appalti dall'ambito di applicazione del codice. 25. A un appalto avente ad oggetto prestazioni strumentali all'esercizio di più attività si applicano le disposizioni relative alla principale attività cui la prestazione è destinata.

26. Nel caso di appalti aventi ad oggetto prestazioni per cui è oggettivamente impossibile stabilire a quale attività esse siano principalmente strumentali, le disposizioni applicabili sono determinate come segue:

- a) l'appalto è aggiudicato secondo le disposizioni del codice che disciplinano gli appalti nei settori ordinari se una delle attività è disciplinata dalle disposizioni relative all'aggiudicazione degli appalti nei settori ordinari e l'altra dalle disposizioni relative all'aggiudicazione degli appalti nei settori speciali;
- b) l'appalto è aggiudicato secondo le disposizioni del codice che disciplinano gli appalti nei settori speciali se una delle attività è disciplinata dalle disposizioni relative all'aggiudicazione degli appalti nei settori speciali e l'altra dalle disposizioni relative all'aggiudicazione delle concessioni;
- c) l'appalto è aggiudicato secondo le disposizioni del codice che disciplinano gli appalti nei settori speciali se una delle attività è disciplinata dalle disposizioni relative all'aggiudicazione degli appalti nei settori speciali e

l'altra non è soggetta a tali disposizioni, né a quelle relative all'aggiudicazione degli appalti nei settori ordinari o alle disposizioni relative all'aggiudicazione delle concessioni.

27. Nel caso di contratti misti che contengono elementi di appalti di forniture, lavori e servizi nei settori speciali e di concessioni, il contratto misto è aggiudicato in conformità alle disposizioni del codice che disciplinano gli appalti nei settori speciali, purché l'importo stimato della parte del contratto che costituisce un appalto disciplinato da tali disposizioni, calcolato secondo il presente articolo, sia pari o superiore alla soglia pertinente.

28. Per i contratti misti concernenti aspetti di difesa e sicurezza si applica l'[articolo 137](#).

29. Per i contratti misti di concessione si applica l'[articolo 180](#).

In linea di continuità con l'**art. 35 D.Lgs. 50/2016**, il legislatore ha individuato alcune soglie di importo (variabili in base all'oggetto del contratto ed a seconda che si versi nei settori ordinari o speciali) il cui raggiungimento determina l'applicazione del codice vigente.

Le procedure sotto soglia, invece, sono disciplinate dagli **artt. 48-55**.

Il **co. 1** individua le soglie di rilevanza europea nei **settori ordinari**.

Il **co. 2** individua le soglie di rilevanza europea nei **settori speciali**.

Il **co. 3** prevede la **rideterminazione periodica dei valori soglia**, da parte della Commissione dell'Unione europea.

Il **co. 4** indica i **criteri per calcolare il valore stimato degli appalti**: importo totale pagabile al netto dell'IVA, comprensivo di opzioni o rinnovi del contratto, nonché potenziali premi o pagamenti per candidati ed offerenti.

Il **co. 5** indica i criteri per calcolare il valore stimato degli appalti con riferimento a stazioni appaltanti o enti concedenti composti da unità operative distinte.

Il **co. 6** formula il **principio del divieto di frazionamento artificioso della commessa** da affidarsi.

Il **co. 7** prevede che la **stima del valore dell'appalto** debba essere effettuata al momento dell'invio dell'avviso di indizione della gara o del bando o, in mancanza, all'avvio della procedura di affidamento.

I **co. 8-11** distinguono i criteri di calcolo del valore dell'appalto a seconda che abbiano ad oggetto **lavori, servizi o forniture**.

Il **co. 12** riguarda il valore degli appalti di forniture o servizi con **carattere di regolarità** o destinati ad essere rinnovati entro un dato periodo.

Il **co. 13** indica i criteri per calcolare il valore degli appalti pubblici di forniture aventi ad oggetto la **locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto**.

Il **co. 14** riguarda il valore degli appalti di **particolari tipologie di servizi**.

Il **co. 15**, in materia di **appalti misti di servizi e forniture**, dispone che il calcolo debba essere effettuato sul valore totale degli uni e degli altri, a prescindere dalle rispettive quote e considerando anche il valore delle operazioni di posa ed installazione.

I **co. 16-17** disciplinano il **calcolo del valore degli accordi quadro, dei sistemi dinamici di acquisizione e dei partenariati per l'innovazione.**

I **co. 18-29** prevedono una articolata regolazione per i **contratti misti**, stabilendo l'applicazione della disciplina del tipo di appalto il cui oggetto è prevalente, da determinare sulla base del valore stimato più elevato tra quelli delle prestazioni oggetto dell'appalto. È salva la facoltà delle stazioni appaltanti di aggiudicare appalti distinti, purchè **non in chiave elusiva** del codice.

Art. 15 – Responsabile unico del progetto (RUP)

1. *Nel primo atto di avvio dell'intervento pubblico da realizzare mediante un contratto le stazioni appaltanti e gli enti concedenti nominano nell'interesse proprio o di altre amministrazioni un responsabile unico del progetto (RUP) per le fasi di programmazione, progettazione, affidamento e per l'esecuzione di ciascuna procedura soggetta al codice.*

2. *Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti nominano il RUP tra i dipendenti assunti anche a tempo determinato della stazione appaltante o dell'ente concedente, preferibilmente in servizio presso l'unità organizzativa titolare del potere di spesa, in possesso dei requisiti di cui all'allegato I.2 e di competenze professionali adeguate in relazione ai compiti al medesimo affidati, nel rispetto dell'inquadramento contrattuale e delle relative mansioni. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti che non sono pubbliche amministrazioni o enti pubblici individuano, secondo i propri ordinamenti, uno o più soggetti cui affidare i compiti del RUP, limitatamente al rispetto delle norme del codice alla cui osservanza sono tenute. L'ufficio di RUP è obbligatorio e non può essere rifiutato. In caso di mancata nomina del RUP nell'atto di avvio dell'intervento pubblico, l'incarico è svolto dal responsabile dell'unità organizzativa competente per l'intervento.*

3. *Il nominativo del RUP è indicato nel bando o nell'avviso di indizione della gara, o, in mancanza, nell'invito a presentare un'offerta o nel provvedimento di affidamento diretto.*

4. *Ferma restando l'unicità del RUP, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono individuare modelli organizzativi, i quali prevedano la nomina di un responsabile di procedimento per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e un responsabile di procedimento per la fase di affidamento. Le relative responsabilità sono ripartite in base ai compiti svolti in ciascuna fase, ferme restando le funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento del RUP.*

5. *Il RUP assicura il completamento dell'intervento pubblico nei termini previsti e nel rispetto degli obiettivi connessi al suo incarico, svolgendo tutte le attività indicate nell'allegato I.2, o che siano comunque necessarie, ove non di competenza di altri organi. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato I.2 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.*

6. *Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono istituire una struttura di supporto al RUP, e possono destinare risorse finanziarie non superiori all'1 per cento dell'importo posto a base di gara per l'affidamento diretto da parte del RUP di incarichi di assistenza al medesimo.*

7. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, in coerenza con il programma degli acquisti di beni e servizi e del programma dei lavori pubblici di cui all'articolo 37, adottano un piano di formazione per il personale che svolge funzioni relative alle procedure in materia di acquisiti di lavori, servizi e forniture.

8. Negli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale e nelle altre formule di partenariato pubblico-privato, è vietata l'attribuzione dei compiti di RUP, responsabile dei lavori, direttore dei lavori o collaudatore allo stesso contraente generale, al soggetto aggiudicatario dei contratti di partenariato pubblico-privato e ai soggetti a essi collegati.

9. Le centrali di committenza e le aggregazioni di stazioni appaltanti designano un RUP per le attività di propria competenza con i compiti e le funzioni determinate dalla specificità e complessità dei processi di acquisizione gestiti direttamente.

Nel previgente codice (**art. 31 D.Lgs. 50/2016**) si parlava di Responsabile unico del procedimento e la relativa disciplina attuativa era contenuta nelle **Linee guida ANAC n. 3**, aventi natura vincolante. L'art. 31 imponeva l'obbligo di nomina del RUP già nella fase di programmazione degli acquisti e, per il resto, si rinviava agli **artt. 5-6 della legge 241/1990**.

Con il nuovo codice si prevede, invece, la possibilità di nominare un **RUP per le fasi di progettazione, programmazione ed esecuzione** ed un **altro RUP per la fase di affidamento, entrambi sotto-ordinati rispetto al Responsabile unico del progetto**.

Il **co. 2** è riferito alla nomina del RUP, con **concentrazione in un unico comma** delle previsioni (rispettivamente riferite alle stazioni appaltanti che sono pubbliche amministrazioni o enti pubblici e quelle che, invece, non hanno tale qualificazione) inserite nell'**art. 31, co. 1-10 del D.Lgs. n. 50 del 2016**.

Il RUP è nominato dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti tra i dipendenti assunti anche a tempo determinato della stazione appaltante o dell'ente concedente, **preferibilmente** in servizio presso l'unità organizzativa titolare del potere di spesa.

È stata **soppressa**, in quanto causa di controversie sui riparti di competenze interne alle amministrazioni, la previsione contenuta nel codice previgente secondo cui *"laddove sia accertata la carenza nell'organico della suddetta unità organizzativa, il RUP è nominato tra gli altri dipendenti in servizio"*.

Sempre il **co. 2** contempla un **"meccanismo di chiusura"** che assicura sempre l'individuazione del RUP, attraverso la previsione secondo cui, in caso di mancata nomina del RUP nell'atto di avvio dell'intervento pubblico, l'incarico è svolto dal medesimo responsabile dell'unità organizzativa titolare del potere di spesa.

Tutto ciò segue alla sentenza della **Corte costituzionale (166/2019**, con rinvio alla precedente pronuncia **43/2011**) con cui è stata riconosciuta la legittimità della **l.r. Sardegna 13 marzo 2018, n. 8**, che prevedeva una facoltà analoga a quella suesposta.

La specificazione (non tassativa) delle competenze del RUP è demandata all' **Allegato I.2**, che assorbe le Linee guida ANAC n. 3.

Nello specifico, l'Allegato I.2, in particolare, contiene la disciplina di dettaglio su:

- i **compiti del RUP** in rapporto all'esigenza di conseguire gli obiettivi connessi alla realizzazione dell'intervento pubblico nel rispetto dei tempi e dei costi programmati, della qualità richiesta, della sicurezza e della salute dei lavoratori, e quelli specifici del Direttore dei lavori e del Direttore dell'esecuzione nell'attuazione delle prestazioni contrattuali;
- gli ulteriori **requisiti di professionalità** imposti dalla complessità e dalla natura dei contratti da affidare;
- le ipotesi di **incompatibilità** tra le funzioni del RUP e le ulteriori funzioni tecniche e, in particolare, l'importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista o con il direttore dell'esecuzione del contratto;
- le **coperture assicurative** da prevedere con oneri a carico dell'amministrazione;
- gli **obblighi formativi** delle amministrazioni nei confronti del RUP;
- le **ipotesi e le modalità di affidamento degli incarichi di supporto al RUP** e della possibilità per quest'ultimo di affidarli direttamente, sotto la propria responsabilità di risultato.

In particolare, il **co. 6** prevede la possibilità per le stazioni appaltanti e gli enti concedenti di istituire una **struttura di supporto al RUP**, mentre il **co. 7** rimanda ai primi il compito di adottare un **piano di formazione** per il personale che svolge funzioni relative alle procedure in materia di acquisiti di lavori, servizi e forniture.

Il **co. 8**, invece, **vieta** l'attribuzione dei compiti di RUP al contraente generale, all'aggiudicatario dei contratti PPP o ai soggetti a questi collegati.

Da ultimo, il **co. 9** prevede che le centrali di committenza e le aggregazioni di stazioni appaltanti designano un RUP per le attività di loro competenza, con compiti e funzioni determinati sulla base della **complessità e specificità** dei processi di acquisizione gestiti direttamente.

Art. 16 – Conflitto di interessi

1. Si ha conflitto di interessi quando un soggetto che, a qualsiasi titolo, interviene con compiti funzionali nella procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione degli appalti o delle concessioni e ne può influenzare, in qualsiasi modo, il risultato, gli esiti e la gestione, ha direttamente o indirettamente un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia concreta ed effettiva alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione.

2. In coerenza con il principio della fiducia e per preservare la funzionalità dell'azione amministrativa, la percepita minaccia all'imparzialità e indipendenza deve essere provata da chi invoca il conflitto sulla base di

presupposti specifici e documentati e deve riferirsi a interessi effettivi, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro.

3. Il personale che versa nelle ipotesi di cui al comma 1 ne dà comunicazione alla stazione appaltante o all'ente concedente e si astiene dal partecipare alla procedura di aggiudicazione e all'esecuzione.

4. Le stazioni appaltanti adottano misure adeguate per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione ed esecuzione degli appalti e delle concessioni e vigilano affinché gli adempimenti di cui al comma 3 siano rispettati.

L'articolo recepisce la nozione unionale di conflitto di interessi, in adesione alle direttive europee (art. 35 direttiva 2014/23/UE, art. 24 direttiva 2014/24/UE, art. 42 direttiva 2014/25/UE), sulla scia dell'art. 42 D.Lgs. 50/2016.

Si eliminano i rinvii a disposizioni contenute in altre parti dell'ordinamento, quali il piano anticorruzione o il codice di comportamento dei dipendenti pubblici di cui al d.P.R. 62/2013.

Il conflitto di interessi può riguardare qualsiasi soggetto, anche formalmente non lavoratore dipendente della stazione appaltante o dell'ente concedente, che interviene nella procedura di aggiudicazione e di esecuzione con compiti funzionali.

Il legislatore si è ispirato al **parere del Consiglio di Stato n. 667/2019** (reso sulle linee guida ANAC in materia di conflitto di interessi), secondo cui tale conflitto ricorre ogni qual volta ad un soggetto, cui sia stato affidato un interesse funzionalizzato, sia attribuita la titolarità di un diverso interesse la cui soddisfazione aumenta i costi o diminuisce i benefici dell'interesse funzionalizzato.

Il **co. 3** prevede che il soggetto che versi in conflitto di interessi ne dia comunicazione alla stazione appaltante o all'ente concedente, astenendosi dal partecipare alla fase di aggiudicazione o di esecuzione del contratto.

Si prevede, infine, che le stazioni appaltanti adottino **misure adeguate** per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione ed esecuzione degli appalti e delle concessioni (**co. 4**).

V. sul punto anche **Delibera ANAC n. 291 del 20 giugno 2023**.

Art. 17 – Fasi delle procedure di affidamento

1. Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, con apposito atto, adottano la decisione di contrarre individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte.

2. In caso di affidamento diretto, l'atto di cui al comma 1 individua l'oggetto, l'importo e il contraente, unitamente alle ragioni della sua scelta, ai requisiti di carattere generale e, se necessari, a quelli inerenti alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale.

3. *Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti concludono le procedure di selezione nei termini indicati nell'allegato I.3. Il superamento dei termini costituisce silenzio inadempimento e rileva anche al fine della verifica del rispetto del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato I.3 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Ministro per la pubblica amministrazione, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.*
4. *Ogni concorrente può presentare una sola offerta, che è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. La stazione appaltante e l'ente concedente, con atto motivato, possono chiedere agli offerenti il differimento del termine.*
5. *L'organo preposto alla valutazione delle offerte predispose la proposta di aggiudicazione alla migliore offerta non anomala. L'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta, e, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace.*
6. *L'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta. L'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino al termine stabilito per la stipulazione del contratto.*
7. *Una volta disposta l'aggiudicazione, il contratto è stipulato secondo quanto previsto dall'[articolo 18](#).*
8. *Fermo quanto previsto dall'[articolo 50, comma 6](#), l'esecuzione del contratto può essere iniziata, anche prima della stipula, per motivate ragioni. L'esecuzione è sempre iniziata prima della stipula se sussistono le ragioni d'urgenza di cui al comma 9.*
9. *L'esecuzione d'urgenza è effettuata quando ricorrono eventi oggettivamente imprevedibili, per evitare situazioni di pericolo per persone, animali, cose, per l'igiene e la salute pubblica, per il patrimonio storico, artistico, culturale, ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti dell'Unione europea.*
10. *La pendenza di un contenzioso non può mai giustificare la sospensione della procedura o dell'aggiudicazione, salvi i poteri cautelari del giudice amministrativo e quelli di autotutela della stazione appaltante o dell'ente concedente, da esercitarsi da parte del dirigente competente.*

Il legislatore ha suddiviso i contenuti degli **artt. 32-33 D.Lgs. 50/2016** nel nuovo **art. 17** (per quanto attiene alla fase amministrativa) e nell'**art. 18** (per quanto riguarda la fase di stipula del contratto). Scompare, invece, la disciplina sull'approvazione dei contratti *ex art. 33 D.Lgs. 50/2016*.

Il **co. 1** onera le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, prima dell'avvio della procedura di affidamento, di adottare un **provvedimento in cui si esterni la volontà di contrarre** ed in cui siano indicati gli elementi essenziali del contratto ed i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte.

Il **co. 2** prevede che il suddetto provvedimento sia **direttamente costitutivo dell'affidamento diretto**, indicandone il contenuto minimo.

Il **co. 3** rinvia per il termine di conclusione del procedimento all'**Allegato I.3**.

In questo Allegato i termini sono stati calcolati assumendo a **paradigma** la procedura aperta, che necessita mediamente di nove mesi.

Per la procedura ristretta l'incremento di un mese corrisponde alla necessità di selezionare le domande di partecipazione e inviare le lettere invito. I termini per le altre procedure sono quantificati proporzionalmente. Nel calcolo dei tempi massimi di conclusione delle procedure si è considerato che l'utilizzo dei criteri basati sul **miglior rapporto tra qualità e prezzo o sul costo del ciclo di vita** richiede ulteriori adempimenti, anche complessi, rispetto alle fattispecie in cui il contratto venga affidato utilizzando il criterio del minor prezzo.

Il concetto di **"gara"**, cui applicare i termini indicati nell'allegato, comprende tutti gli adempimenti compresi tra la pubblicazione del bando o l'invio dell'invito ad offrire e l'individuazione della migliore offerta; i tempi necessari all'espletamento dell'eventuale verifica di anomalia e all'effettuazione della (necessaria) verifica sul possesso dei requisiti dichiarati dal concorrente aggiudicatario per partecipare alla procedura si aggiungono a quelli previsti per lo svolgimento delle gare.

Il **co. 4** ribadisce il contenuto dell'art. 32 del previgente codice: ogni concorrente può presentare una sola offerta vincolante per 180 giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione, salvo diverso termine previsto dalla *lex specialis*.

Il **co. 5** preclude in via assoluta la formalizzazione dell'aggiudicazione nelle more delle verifiche sul possesso dei requisiti da parte dell'operatore economico primo classificato, eliminando la figura dell'aggiudicazione *"non ancora efficace"*.

I **co. 6-7** prevedono che **l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta**, la quale rimane irrevocabile fino alla scadenza del termine *ex art. 18*.

I **co. 8-9** statuiscono che l'esecuzione del contratto può essere iniziata **per motivate ragioni anche prima della stipula**.

Il **co. 10**, applicando il principio del risultato, chiarisce che la pendenza di un contenzioso sulla procedura **non giustifica in alcun modo la sospensione** della medesima o dell'aggiudicazione intervenuta, salvi i poteri cautelari del giudice amministrativo ed i poteri di autotutela della stazione appaltante, esercitabili dal dirigente competente.

Art. 18 – Il contratto e la sua stipulazione

1. Il contratto è stipulato, a pena di nullità, in forma scritta ai sensi dell'allegato I.1, articolo 3, comma 1, lettera b), in modalità elettronica nel rispetto delle pertinenti disposizioni del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, in forma pubblica amministrativa a cura dell'ufficiale rogante della stazione appaltante, con atto pubblico notarile informatico oppure mediante scrittura privata. In caso di

procedura negoziata oppure per gli affidamenti diretti, mediante corrispondenza secondo l'uso commerciale, consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o sistemi elettronici di recapito certificato qualificato ai sensi del regolamento UE n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014. I capitolati e il computo metrico estimativo, richiamati nel bando o nell'invito, fanno parte integrante del contratto.

2. Divenuta efficace l'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 17, comma 5 e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela, la stipula del contratto ha luogo entro i successivi sessanta giorni anche in pendenza di contenzioso. È fatta eccezione:

a) per le ipotesi previste dal comma 4 del presente articolo e dall'articolo 55, comma 2;

b) nel caso di un diverso termine previsto nel bando o nell'invito a offrire;

c) nell'ipotesi di differimento concordato con l'aggiudicatario e motivato in base all'interesse della stazione appaltante o dell'ente concedente, compatibilmente con quello generale alla sollecita esecuzione del contratto.

3. Il contratto non può essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione.

Tale termine dilatorio non si applica nei casi:

a) di procedura in cui è stata presentata o ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito, o le impugnazioni sono già state respinte con decisione definitiva;

b) di appalti basati su un accordo quadro;

c) di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione;

d) di contratti di importo inferiore alle soglie europee, ai sensi dell'articolo 55, comma 2.

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

5. Se la stipula del contratto non avviene nel termine per fatto della stazione appaltante o dell'ente concedente, l'aggiudicatario può farne constatare il silenzio inadempimento o, in alternativa, può sciogliersi da ogni vincolo mediante atto notificato. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali.

6. La mancata stipula del contratto nel termine fissato per fatto dell'aggiudicatario può costituire motivo di revoca dell'aggiudicazione.

7. La mancata o tardiva stipula del contratto al di fuori delle ipotesi di cui ai commi 5 e 6 costituisce violazione del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso.

8. Il contratto è sottoposto alla condizione risolutiva dell'esito negativo della sua approvazione, laddove prevista, da effettuarsi entro trenta giorni dalla stipula. Decorso tale termine, il contratto si intende approvato.

9. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti hanno facoltà di stipulare contratti di assicurazione per la responsabilità civile derivante dalla conclusione del contratto e dalla prosecuzione o sospensione della sua esecuzione.

10. Con la tabella di cui all'allegato I.4 al codice è individuato il valore dell'imposta di bollo che l'appaltatore assolve una tantum al momento della stipula del contratto e in proporzione al valore dello stesso. Con la medesima tabella sono sostituite le modalità di calcolo e versamento dell'imposta di bollo di cui al decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 642, in materia di contratti pubblici disciplinati dal codice. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato I.4 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

Si tratta dell'appendice dell'[art. 17](#).

Il **co. 1** individua le **forme** in cui deve avvenire la stipulazione del contratto pubblico ed indica capitolati e computo metrico estimativo, richiamati nel bando o nell'invito, quali parte integrante del contratto.

Il **co. 2**, invece, fissa in **60 giorni** il termine massimo per la stipula del contratto con le relative eccezioni, precisando che la mera pendenza di un contenzioso non sospende il decorso del detto termine.

I **co. 3-4** si occupano dello **stand-still sostanziale e processuale**, mentre i **co. 5-6-7** disciplinano le conseguenze della **mancata stipulazione del contratto**.

In particolare:

- se il fatto è imputabile al soggetto pubblico, l'aggiudicatario può far constatare il silenzio-inadempimento della P.A. o notificare un atto unilaterale di scioglimento da ogni vincolo contrattuale (senza alcun indennizzo, ma con il solo rimborso delle spese contrattuali);
- se la mancata stipula dipende dal fatto dell'aggiudicatario, l'aggiudicazione può essere revocata;
- in ogni caso, la mancata o tardiva stipula del contratto al di fuori delle ipotesi precedenti costituisce violazione del dovere di buona fede, anche in pendenza del contenzioso.

Il **co. 8** si occupa dell'approvazione del contratto, intesa come condizione risolutiva: **decorsi 30 giorni dalla stipula**, il contratto si intende comunque approvato.

I **co. 9-10**, da ultimo, prevedono la **facoltà** per le stazioni appaltanti e gli enti concedenti di sottoscrivere contratti di assicurazione per la responsabilità civile derivante dalla conclusione e dall'esecuzione del contratto, così come la corresponsione dell'**imposta di bollo** (su quest'ultimo tema v. **Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 22/E del 28 luglio 2023** recante "Articolo 18, comma 10, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, recante il Codice dei contratti pubblici – Imposta di bollo").

PARTE II

DELLA DIGITALIZZAZIONE DEL CICLO DI VITA DEI CONTRATTI

Art. 19 – Principi e diritti digitali

1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano la digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti nel rispetto dei principi e delle disposizioni del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, garantiscono l'esercizio dei diritti di cittadinanza digitale e operano secondo i principi di neutralità tecnologica, di trasparenza, nonché di protezione dei dati personali e di sicurezza informatica.
2. In attuazione del principio dell'unicità dell'invio, ciascun dato è fornito una sola volta a un solo sistema informativo, non può essere richiesto da altri sistemi o banche dati, ma è reso disponibile dal sistema informativo ricevente. Tale principio si applica ai dati relativi a programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché a tutte le procedure di affidamento e di realizzazione di contratti pubblici soggette al presente codice e a quelle da esso escluse, in tutto o in parte, ogni qualvolta siano imposti obblighi di comunicazione a una banca dati o a un sistema informativo.
3. Le attività e i procedimenti amministrativi connessi al ciclo di vita dei contratti pubblici sono svolti digitalmente, secondo le previsioni del presente codice e del codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005, mediante le piattaforme e i servizi digitali infrastrutturali delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti; i dati e le informazioni a essi relativi sono gestiti e resi fruibili in formato aperto, secondo le previsioni del codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005.
4. I soggetti titolari di banche dati adottano le necessarie misure organizzative e di revisione dei processi e dei regolamenti interni per abilitare automaticamente l'accesso digitale alle informazioni disponibili presso le banche dati di cui sono titolari, mediante le tecnologie di interoperabilità dei sistemi informativi secondo le previsioni e le modalità del codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005.
5. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, nonché gli operatori economici che partecipano alle attività e ai procedimenti di cui al comma 3, adottano misure tecniche e organizzative a presidio della sicurezza informatica e della protezione dei dati personali. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano la formazione del personale addetto, garantendone il costante aggiornamento.
6. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano la tracciabilità e la trasparenza delle attività svolte, l'accessibilità ai dati e alle informazioni, la conoscibilità dei processi decisionali automatizzati e rendono le piattaforme utilizzate accessibili nei limiti di cui all'[articolo 35](#). I gestori delle piattaforme assicurano la conformità delle medesime alle regole tecniche di cui all'[articolo 26](#).
7. Ove possibile e in relazione al tipo di procedura di affidamento, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti ricorrono a procedure automatizzate nella valutazione delle offerte ai sensi dell'[articolo 30](#).
8. Le regioni e le province autonome assicurano il rispetto delle disposizioni di cui alla presente Parte e il supporto alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti.
9. Le disposizioni della presente Parte costituiscono esercizio della funzione di coordinamento informativo, statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale, di cui all'[articolo 117](#), secondo comma, lettera r), della Costituzione.

La legge delega n. 78/2022 ha delineato principi e criteri direttivi di quella che può essere definita come riforma digitale della contrattualistica pubblica.

Il processo di digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici è inteso come l'insieme di tutte le attività che si susseguono dalla programmazione alla definizione del fabbisogno, dalla strutturazione e gestione delle gare sino alla completa esecuzione del contratto.

Si perviene ad una digitalizzazione *end-to-end*, mediante la semplificazione delle procedure di affidamento delle commesse pubbliche e la realizzazione di un ecosistema integrato di piattaforme digitali atte a ridurre tempi e costi.

A differenza degli **artt. 44 e 58 del previgente codice**, gli **attuali artt. 19-36** estendono la digitalizzazione all'intero ciclo di vita dei contratti pubblici che inizia con la programmazione (CUP) e l'assegnazione del CIG fino a ricomprendere le attività riferite alla conclusione ed all'esecuzione del contratto.

Il **co. 1** richiama i principi fondamentali della transizione digitale della contrattualistica pubblica, ossia i principi di neutralità tecnologica, trasparenza, sicurezza informatica e protezione dei dati personali.

Il **co. 2** detta il **principio "once only"** (unicità dell'invio) nei rapporti tra pubbliche amministrazioni e tra P.A. e privati.

Il **co. 3** fissa il principio per cui tutte le attività ed i procedimenti amministrativi connessi al ciclo di vita dei contratti pubblici debbono essere svolti in via digitale, rinviando anche al D.Lgs. 82/2005.

Il **co. 4** stabilisce i principi base di utilizzo delle banche dati.

Il **co. 5** impone l'adozione di misure di sicurezza informatica da parte delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti.

I **co. 6-7** ammettono la possibilità di ricorrere a procedure automatizzate nella valutazione delle offerte.

Da ultimo, i **co. 8-9** si occupano dei rapporti di competenza tra Stato e Regioni.

Art. 20 – Principi in materia di trasparenza

1. Fermi restando gli obblighi di pubblicità legale, a fini di trasparenza i dati, le informazioni e gli atti relativi ai contratti pubblici sono indicati nell'[articolo 28](#) e sono pubblicati secondo quanto stabilito dal decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.

2. Le comunicazioni e l'interscambio di dati per le finalità di conoscenza e di trasparenza avvengono nel rispetto del principio di unicità del luogo di pubblicazione e dell'invio delle informazioni.

3. Le regioni e le province autonome assicurano la trasparenza nel settore dei contratti pubblici.

Per trasparenza amministrativa deve intendersi la comprensibilità e la conoscibilità dall'esterno delle attività finalizzate a realizzare l'imparzialità ed il buon andamento dell'azione amministrativa.

Il **co.1** si occupa della cd. *"trasparenza proattiva"*, ovvero dell'individuazione dei dati, delle informazioni e degli atti da pubblicare sul sito istituzionale della stazione appaltante, con rinvio all'art. 28.

La trasparenza non assolve a finalità di pubblicità legale.

Il **co. 2** fonda il **principio di unicità del luogo di pubblicazione e dell'invio delle informazioni**.

Il **co. 3** estende l'onere applicativo del principio di trasparenza alle Regioni ed alle Province autonome.

Art. 21 – Ciclo di vita digitale dei contratti pubblici

1. *Il ciclo di vita digitale dei contratti pubblici, di norma, si articola in programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione.*

2. *Le attività inerenti al ciclo di vita di cui al comma 1 sono gestite, nel rispetto delle disposizioni del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, attraverso piattaforme e servizi digitali fra loro interoperabili, come indicati all'articolo 22.*

3. *I soggetti che intervengono nel ciclo di vita digitale dei contratti pubblici operano secondo le disposizioni della presente Parte e procedono all'atto dell'avvio della procedura secondo le disposizioni del codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005 e dell'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136.*

In combinazione con l'**art. 3, co.1, lett. p) Allegato I.1**, si definisce il ciclo di vita digitale dei contratti pubblici.

E' suddiviso in **cinque fasi**: (i) programmazione; (ii) progettazione; (iii) pubblicazione; (iv) affidamento; (v) esecuzione (**co. 1**).

I **co. 2-3** prevedono che tutte le attività debbano essere svolte avvalendosi di piattaforme e servizi interoperabili, con ciò consentendo la produzione e lo scambio di dati tra le singole banche dati.

Per consentire la tracciabilità dei flussi finanziari, all'avvio della procedura di gara si deve acquisire il codice identificativo di gara (CIG) *ex art. 3 legge 13 agosto 2010, n. 136*.

La *ratio* è che tutte le attività connesse ad una commessa pubblica devono essere conoscibili e riconducibili ad un numero identificativo iniziale, assegnato alla singola procedura, avviata con il Codice Unico di Progetto (CUP) ed il Codice Identificativo di Gara (CIG).

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

1. *L'ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale (e-procurement) è costituito dalle piattaforme e dai servizi digitali infrastrutturali abilitanti la gestione del ciclo di vita dei contratti pubblici, di cui all'articolo 23 e dalle piattaforme di approvvigionamento digitale utilizzate dalle stazioni appaltanti di cui all'articolo 25.*

2. *Le piattaforme e i servizi digitali di cui al comma 1 consentono, in particolare:*

- a) la redazione o l'acquisizione degli atti in formato nativo digitale;*
- b) la pubblicazione e la trasmissione dei dati e documenti alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici;*
- c) l'accesso elettronico alla documentazione di gara;*
- d) la presentazione del documento di gara unico europeo in formato digitale e l'interoperabilità con il fascicolo virtuale dell'operatore economico;*
- e) la presentazione delle offerte;*
- f) l'apertura, la gestione e la conservazione del fascicolo di gara in modalità digitale;*
- g) il controllo tecnico, contabile e amministrativo dei contratti anche in fase di esecuzione e la gestione delle garanzie.*

3. *Le basi di dati di interesse nazionale alimentano l'ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale, ai sensi dell'articolo 60 del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.*

Il **co. 1** contiene la **definizione di e-procurement**, inteso come l'insieme delle piattaforme e dei servizi digitali che interessano l'intero ciclo dei contratti pubblici.

Il **co. 2** si sofferma sulle attività realizzabili digitalmente per mezzo delle piattaforme, tramite cui sarà possibile effettuare anche il controllo tecnico, contabile ed amministrativo dei contratti (anche in fase esecutiva), oltre alla gestione delle garanzie prestate.

Il **co. 3**, invece, evidenzia come per l'interscambio dei dati sia da valorizzare il ruolo delle banche dati, attuando il principio del cd. "once only".

Art. 23 – Banca dati nazionale dei contratti pubblici

1. *L'ANAC è titolare in via esclusiva della Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 62- bis del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, abilitante l'ecosistema nazionale di e-procurement, e ne sviluppa e gestisce i servizi.*

2. *L'ANAC individua con propri provvedimenti le sezioni in cui si articola la banca dati di cui al comma 1 e i servizi ad essa collegati.*

3. *La Banca dati nazionale dei contratti pubblici è interoperabile con le piattaforme di approvvigionamento digitale utilizzate dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti e con il portale dei soggetti aggregatori di cui al decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, per la digitalizzazione di tutte le fasi del ciclo di vita dei contratti pubblici, nonché con la piattaforma digitale nazionale dati di cui all'articolo 50-ter del codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005, con le basi di dati di interesse nazionale di cui all'articolo 60 del codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005 e con tutte le altre piattaforme e banche dati dei soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, del codice di cui al decreto legislativo*

n. 82 del 2005, coinvolti nell'attività relativa al ciclo di vita dei contratti pubblici. I soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, del codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005, coinvolti nell'attività relativa al ciclo di vita dei contratti, ove non già accreditati alla piattaforma di cui all'articolo 50-ter del predetto codice decreto legislativo n. 82 del 2005, sono tenuti ad accreditarsi alla predetta piattaforma di cui all'articolo 50-ter del decreto legislativo n. 82 del 2005, nonché alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici, a sviluppare le interfacce applicative e a rendere disponibili le proprie basi dati, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e nel rispetto delle linee guida dell'Agenzia per l'Italia digitale (AGID) in materia di interoperabilità.

4. La Banca dati nazionale dei contratti pubblici rende disponibili mediante interoperabilità i servizi e le informazioni necessari allo svolgimento delle fasi dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici, anche ai fini del rispetto di quanto previsto dal decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. La stessa Banca dati si integra con la piattaforma unica della trasparenza istituita presso l'ANAC.

5. Con proprio provvedimento l'ANAC individua le informazioni che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti sono tenuti a trasmettere alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici attraverso le piattaforme telematiche di cui all'articolo 25. Gli obblighi informativi di cui al primo periodo riguardano anche gli affidamenti diretti a società in house di cui all'articolo 7, comma 2. Con proprio provvedimento l'ANAC individua i tempi entro i quali i titolari delle piattaforme e delle banche dati di cui al comma 3 e all'articolo 22, garantiscono l'integrazione con i servizi abilitanti l'ecosistema di approvvigionamento digitale. L'integrazione è realizzata attraverso i servizi digitali resi disponibili da ANAC sulla piattaforma digitale nazionale dati, di cui all'articolo 50-ter del codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005, nel rispetto delle relative regole tecniche.

6. L'ANAC rende disponibili ai sistemi informativi regionali competenti per territorio, nonché alle pubbliche amministrazioni, le informazioni necessarie allo svolgimento dei compiti istituzionali, ai sensi degli articoli 50 e 50-ter del codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005.

7. Nei casi in cui si omettano informazioni o attività necessarie a garantire l'interoperabilità dei dati, l'ANAC effettua una segnalazione all'AGID per l'esercizio dei poteri sanzionatori di cui all'articolo 18-bis del codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005.

8. L'omissione di informazioni richieste, il rifiuto o l'omissione di attività necessarie a garantire l'interoperabilità delle banche dati coinvolte nel ciclo di vita dei contratti pubblici costituisce violazione di obblighi di transizione digitale punibili ai sensi dell'articolo 18-bis del codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005.

9. Al fine di ridurre gli oneri amministrativi dei soggetti attuatori i dati di cui al presente articolo possono essere utilizzati nell'ambito delle procedure concernenti i finanziamenti degli investimenti pubblici come strumento di verifica dell'effettivo utilizzo delle risorse e di avanzamento procedurale nei tempi previsti dalle leggi di spesa.

La disposizione segue agli artt. 213 D.Lgs. 50/2016 e 62-bis D.Lgs. 82/2005.

Il fine è realizzare un "Portale Unico per gli appalti", valorizzando il patrimonio infrastrutturale ed i dati già nella disponibilità delle Autorità amministrative.

In particolare, la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, istituita presso l'ANAC, si articola in cinque sezioni: Anagrafe unica delle stazioni appaltanti; Casellario informatico; Anagrafe degli

operatori economici; Piattaforma nazionale degli appalti; Fascicolo virtuale dell'operatore economico.

I **co. 3-6** disciplinano il funzionamento della Banca e la sua interrelazione con altri sistemi informativi in uso presso l'ANAC o altre P.A.: tra le varie informazioni rilevano, soprattutto, quelle inerenti agli **affidamenti in house**.

Con **Delibera n. 261 del 20 giugno 2023** recante *“Individuazione delle informazioni che le stazioni appaltanti sono tenute a trasmettere alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici attraverso le piattaforme telematiche e i tempi entro i quali i titolari delle piattaforme e delle banche dati di cui agli articoli 22 e 23, comma 3, del codice garantiscono l'integrazione con i servizi abilitanti l'ecosistema di approvvigionamento digitale”* l'ANAC ha individuato le informazioni che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti sono tenuti a trasmettere alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici attraverso le piattaforme telematiche.

I **co. 7-8** si soffermano sull'omissione di informazioni o di attività necessarie, rinviando alle sanzioni ed ai rispettivi procedimenti amministrativi *ex art. 18-bis D.Lgs. 82/2005*, irrogate dall'AgID su segnalazione dell'ANAC.

Il **co. 9** estende l'uso di tali dati anche alle procedure relative ai finanziamenti degli investimenti pubblici.

Art. 24 – Fascicolo virtuale dell'operatore economico

1. Presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici opera il fascicolo virtuale dell'operatore economico che consente la verifica dell'assenza delle cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 e dei requisiti di cui all'articolo 103 per i soggetti esecutori di lavori pubblici, nonché dei dati e dei documenti relativi ai requisiti di cui all'articolo 100 che l'operatore economico inserisce.

2. Il fascicolo virtuale dell'operatore economico è utilizzato per la partecipazione alle procedure di affidamento disciplinate dal codice. I dati e i documenti contenuti nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, nei termini di efficacia di ciascuno di essi, sono aggiornati automaticamente mediante interoperabilità e sono utilizzati in tutte le procedure di affidamento cui l'operatore partecipa.

3. Le amministrazioni competenti al rilascio delle certificazioni o delle informazioni di cui agli articoli 94 e 95 garantiscono alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici, attraverso la piattaforma di cui all'articolo 50-ter del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 e l'accesso per interoperabilità alle proprie banche dati, ai sensi dell'articolo 23, comma 3, del presente codice, la disponibilità in tempo reale delle informazioni e delle certificazioni digitali necessarie ad assicurare l'intero ciclo di vita digitale di contratti pubblici. La violazione dell'obbligo di cui al primo periodo è punita ai sensi dell'articolo 23, comma 8. L'ANAC garantisce l'accessibilità al fascicolo virtuale dell'operatore economico alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti, agli operatori economici e agli organismi di attestazione di cui all'articolo 100, comma 4, limitatamente ai dati di rispettiva competenza. L'ANAC può predisporre elenchi aggiornati di

operatori economici già accertati secondo quanto previsto dal comma 1 e le modalità per l'utilizzo degli accertamenti per procedure di affidamento diverse.

4. Per le finalità di cui al comma 1, l'ANAC individua, con proprio provvedimento, adottato d'intesa con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e con l'AGID entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del codice le tipologie di dati da inserire nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, concernenti la partecipazione alle procedure di affidamento e il loro esito, in relazione ai quali è obbligatoria la verifica attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

I **co. 1-2** prevedono l'istituzione del **Fascicolo virtuale** presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici: in esso sono riportati automaticamente tutti i dati circa la verifica dei requisiti generali e speciali, funzionali alla partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica.

Il **co. 3** prevede che la P.A. competente per il rilascio delle certificazioni o delle informazioni *ex artt. 94 e 95* del codice realizza, mediante l'adozione delle necessarie misure organizzative e la revisione dei processi e dei regolamenti interni, sistemi informatici volti a garantire alla Banca dati nazionale la **disponibilità immediata** delle certificazioni in formato digitale.

L'ANAC, inoltre, può predisporre un elenco degli operatori economici già accertati.

L'ultimo comma prevede che la funzionalità del fascicolo virtuale dell'operatore economico, l'indicazione e l'aggiornamento dei dati, i termini e le regole tecniche per l'acquisizione siano disciplinati da un provvedimento dell'ANAC, adottato d'intesa con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, oltretutto con l'Agid (v. **Delibera ANAC n. 262 del 20 giugno 2023**).

Art. 25 – Piattaforme di approvvigionamento digitale

1. Le piattaforme di approvvigionamento digitale sono costituite dall'insieme dei servizi e dei sistemi informatici, interconnessi e interoperanti, utilizzati dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti per svolgere una o più attività di cui all'articolo 21, comma 1, e per assicurare la piena digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici. A tal fine, le piattaforme di approvvigionamento digitale interagiscono con i servizi della Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 23 nonché con i servizi della piattaforma digitale nazionale dati di cui all'articolo 50-ter del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.

2. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti utilizzano le piattaforme di approvvigionamento digitale per svolgere le procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, secondo le regole tecniche di cui all'articolo 26. Le piattaforme di approvvigionamento digitale non possono alterare la parità di accesso degli operatori, né impedire o limitare la partecipazione alla procedura di gara degli stessi ovvero distorcere la concorrenza, né modificare l'oggetto dell'appalto, come definito dai documenti di gara. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano la partecipazione alla gara anche in caso di comprovato malfunzionamento, pur se temporaneo, delle piattaforme, anche eventualmente disponendo la sospensione del termine per la ricezione

delle offerte per il periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento e la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla gravità del malfunzionamento.

3. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti non dotati di una propria piattaforma di approvvigionamento digitale si avvalgono delle piattaforme messe a disposizione da altre stazioni appaltanti o enti concedenti, da centrali di committenza o da soggetti aggregatori, da regioni o province autonome, che a loro volta possono ricorrere a un gestore del sistema che garantisce il funzionamento e la sicurezza della piattaforma.

4. È fatto divieto di porre a carico dei concorrenti o dell'aggiudicatario eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme.

La disposizione, da leggere in combinato disposto con l'art. 22, si occupa delle Piattaforme di approvvigionamento digitale (*e-procurement*).

Esso altro non è che l'insieme dei servizi e dei sistemi informatici, interconnessi ed interoperanti, utilizzati dalle stazioni appaltanti per svolgere una o più fasi delle procedure di gara, in linea con la finalità di garantire la digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici.

Il **co. 1** statuisce che tali Piattaforme dovranno interconnettersi con la Banca dati nazionale dei contratti pubblici e con la Piattaforma digitale nazionale dati *ex art. 50-ter D.Lgs. 82/2005*.

Il **co. 2** espone i **principi di funzionamento delle Piattaforme**.

Il **co. 3** prevede il ricorso all'**avvalimento** (nei confronti di altre stazioni appaltanti, centrali di committenza o altri soggetti aggregatori, regioni o province autonome), nel caso in cui una stazione appaltante non sia dotata di una propria piattaforma digitale di *e-procurement*.

Il **co. 4**, in linea con l'art. 41, co. 2-bis del previgente codice, vieta che siano posti a carico dei concorrenti o dell'aggiudicatario eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme.

Art. 26 – Regole tecniche

1. I requisiti tecnici delle piattaforme di approvvigionamento digitale, nonché la conformità di dette piattaforme a quanto disposto dall'articolo 22, comma 2, sono stabilite dall'AGID di intesa con l'ANAC e la Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per la trasformazione digitale, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del codice.

2. Con il medesimo provvedimento di cui al comma 1 sono stabilite le modalità per la certificazione delle piattaforme di approvvigionamento digitale.

3. La certificazione delle piattaforme di approvvigionamento digitale, rilasciata dall'AGID, consente l'integrazione con i servizi della Banca dati nazionale dei contratti pubblici. L'ANAC cura e gestisce il registro delle piattaforme certificate.

L'art. 26, in merito alle regole tecniche di funzionamento dell'*e-procurement* ed alle modalità di certificazione delle piattaforme, rinvia ad un provvedimento attuativo da adottarsi ad opera dell'AgID, previa intesa con l'ANAC e la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Tale provvedimento, recante "*Requisiti tecnici e modalità di certificazione delle Piattaforme di approvvigionamento digitale*" è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n. 136 del 13 giugno 2023.

Art. 27 – Pubblicità degli atti

1. La pubblicità degli atti è garantita dalla Banca dati nazionale dei contratti pubblici, mediante la trasmissione dei dati all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea e la loro pubblicazione ai sensi degli articoli 84 e 85, secondo quanto definito dal provvedimento di cui al comma 4 del presente articolo.
2. Gli effetti giuridici degli atti oggetto di pubblicazione ai sensi del comma 1 decorrono dalla data di pubblicazione nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici.
3. La documentazione di gara è resa costantemente disponibile attraverso le piattaforme digitali di cui all'articolo 25 e attraverso i siti istituzionali delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti. Essa è costantemente accessibile attraverso il collegamento con la Banca dati nazionale dei contratti pubblici.
4. L'ANAC, con proprio provvedimento da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del codice, d'intesa con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, stabilisce le modalità di attuazione del presente articolo.
5. L'ANAC svolge l'attività di cui al comma 1 con le risorse finanziarie previste a legislazione vigente.

La **novità principale** consiste nell'individuazione della Banca nazionale dei contratti pubblici come **unico collettore nazionale (eSender)** che convoglia verso il sistema SIMAP/TED la pubblicità dei bandi e degli avvisi relativi a procedure sopra soglia per realizzare la pubblicità legale in ambito europeo (**co. 1**).

Si attua così il **principio dell'invio unico delle informazioni e dei dati**.

Il **co. 2** precisa come il fine sia quello di semplificare gli adempimenti in capo alle stazioni appaltanti, prevedendo che gli effetti giuridici decorrano, a fronte di un unico invio, dalla data di pubblicazione nella Banca nazionale dei contratti pubblici.

Il **co. 3** prevede che la documentazione di gara deve essere costantemente disponibile attraverso le piattaforme digitali ed i siti istituzionali delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti, oltre ad essere sempre accessibile tramite il collegamento con la Banca nazionale dei contratti pubblici.

Con **Delibera n. 263 del 20 giugno 2023** recante "*Modalità di attuazione della pubblicità legale degli atti tramite la Banca dati nazionale dei contratti pubblici*" l'ANAC ha stabilito tempi e modalità di attuazione

del regime di pubblicità legale (il provvedimento acquisterà efficacia a decorrere dal **1° gennaio 2024**).

Art. 28 – Trasparenza dei contratti pubblici

1. *Le informazioni e i dati relativi alla programmazione di lavori, servizi e forniture, nonché alle procedure del ciclo di vita dei contratti pubblici, ove non considerati riservati ai sensi dell'[articolo 35](#) ovvero secretati ai sensi dell'[articolo 139](#), sono trasmessi tempestivamente alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici attraverso le piattaforme digitali di cui all'[articolo 25](#).*

2. *Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano il collegamento tra la sezione «Amministrazione trasparente» del sito istituzionale e la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, secondo le disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Sono pubblicati nella sezione di cui al primo periodo la composizione della commissione giudicatrice e i curricula dei suoi componenti, nonché i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione.*

3. *Per la trasparenza dei contratti pubblici fanno fede i dati trasmessi alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici presso l'ANAC, la quale assicura la tempestiva pubblicazione sul proprio portale dei dati ricevuti, anche attraverso la piattaforma unica della trasparenza, e la periodica pubblicazione degli stessi in formato aperto. In particolare, sono pubblicati la struttura proponente, l'oggetto del bando, l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte, l'aggiudicatario, l'importo di aggiudicazione, i tempi di completamento dei lavori, servizi o forniture e l'importo delle somme liquidate.*

4. *L'ANAC, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del codice, individua con proprio provvedimento le informazioni, i dati e le relative modalità di trasmissione per l'attuazione del presente articolo.*

L'articolo attua il principio di trasparenza.

Tutti i dati (salvo quelli riservati o secretati) relativi al ciclo di vita dei contratti pubblici, devono essere **obbligatoriamente** trasmessi alla Banca nazionale dei contratti pubblici per mezzo delle piattaforme di *e-procurement*.

I **co. 1-3**, infatti, definiscono gli **obblighi di pubblicazione**.

L'ultimo comma prevede che l'ANAC individui con un proprio provvedimento le informazioni, i dati e le relative modalità di trasmissione per l'attuazione dell'obbligo di trasparenza e di pubblicazione (v. **Delibera ANAC n. 264 del 20 giugno 2023**: il provvedimento acquisterà efficacia a decorrere dal **1° gennaio 2024**)

Art. 29 – Regole applicabili alle comunicazioni

Tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni di cui al codice sono eseguiti, in conformità con quanto disposto dal codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, tramite le piattaforme dell'ecosistema nazionale di cui all'articolo 22 del presente codice e, per quanto non previsto dalle predette piattaforme, mediante l'utilizzo del domicilio digitale ovvero, per le comunicazioni tra pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'articolo 47 del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005.

Si tratta di una disposizione di dettaglio in materia di comunicazioni, rinviando al codice dell'amministrazione digitale (D.Lgs. 82/2005).

Le comunicazioni sono eseguite tramite le piattaforme dell'ecosistema nazionale e, per quanto dalle stesse non previsto, mediante l'uso del domicilio digitale.

Le comunicazioni tra pubbliche amministrazioni, invece, avverranno *ex art. 47 D.Lgs. 82/2005*.

Art. 30 – Uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici

1. Per migliorare l'efficienza le stazioni appaltanti e gli enti concedenti provvedono, ove possibile, ad automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti, nel rispetto delle specifiche disposizioni in materia.

2. Nell'acquisto o sviluppo delle soluzioni di cui al comma 1 le stazioni appaltanti e gli enti concedenti:

a) assicurano la disponibilità del codice sorgente, della relativa documentazione, nonché di ogni altro elemento utile a comprenderne le logiche di funzionamento;

b) introducono negli atti di indizione delle gare clausole volte ad assicurare le prestazioni di assistenza e manutenzione necessarie alla correzione degli errori e degli effetti indesiderati derivanti dall'automazione.

3. Le decisioni assunte mediante automazione rispettano i principi di:

a) conoscibilità e comprensibilità, per cui ogni operatore economico ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardano e, in tal caso, a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata;

b) non esclusività della decisione algoritmica, per cui comunque esiste nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatizzata;

c) non discriminazione algoritmica, per cui il titolare mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di impedire effetti discriminatori nei confronti degli operatori economici.

4. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano ogni misura tecnica e organizzativa atta a garantire che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori, nonché a impedire effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della nazionalità, dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione, delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dei caratteri somatici, dello status genetico, dello stato di salute, del genere o dell'orientamento sessuale.

5. Le pubbliche amministrazioni pubblicano sul sito istituzionale, nella sezione «Amministrazione trasparente», l'elenco delle soluzioni tecnologiche di cui al comma 1 utilizzate ai fini dello svolgimento della propria attività.

Per la prima volta nell'ordinamento giuridico italiano, sia pur limitatamente al settore dei contratti pubblici, si individuano a livello normativo i principi da osservare in caso di ricorso alle procedure automatizzate (specie nella valutazione delle offerte): il **co. 1** ammette l'**uso dell'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti**.

I principi sono: **conoscibilità e comprensibilità** da parte dell'operatore economico; **non esclusività della decisione algoritmica; non discriminazione algoritmica (co. 3)**.

Il **co. 4** prevede l'obbligo delle P.A. di prevedere misure tecnico-organizzative di rettifica dei fattori fonte di inesattezze, con ciò minimizzando il rischio di errori ed impedendo effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche.

I **co. 2-5**, da ultimo, definiscono gli adempimenti da espletare ai fini della trasparenza per consentire ai privati di comprendere le soluzioni tecnologiche impiegate.

Art. 31 – Anagrafe degli operatori economici partecipanti agli appalti

1. È istituita presso l'ANAC l'Anagrafe degli operatori economici a qualunque titolo coinvolti nei contratti pubblici, che si avvale del registro delle imprese.
2. L'Anagrafe censisce gli operatori economici di cui al comma 1, nonché i soggetti, le persone fisiche e i titolari di cariche ad essi riferibili.
3. Per le persone fisiche di cui al comma 2 l'Anagrafe assume valore certificativo per i ruoli e le cariche rivestiti non risultanti dal registro delle imprese.
4. I dati dell'Anagrafe sono resi disponibili a tutti i soggetti operanti nell'ambito dell'ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale, attraverso le piattaforme di cui agli articoli 23, 24 e 25, per i trattamenti e le finalità legati alla gestione del ciclo di vita dei contratti pubblici.

La disposizione prevede l'istituzione presso l'ANAC dell'**Anagrafe degli operatori economici**, tramite la quale potranno essere censiti tutti i partecipanti - a qualunque titolo - alle gare per l'affidamento di contratti pubblici.

Essa si avvale del Registro delle imprese.

L'Anagrafe conserva in parte la **funzione delle cd. "white lists"** ed è volta al rilascio delle certificazioni delle persone fisiche con ruoli e cariche all'interno degli operatori economici.

L'accesso all'Anagrafe è consentito a tutti i soggetti operanti nell'ambito dell'*e-procurement*.

Art. 32 – Sistemi dinamici di acquisizione

1. *Per acquisti di uso corrente, le cui caratteristiche, così come generalmente disponibili sul mercato, soddisfano le esigenze delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti, è possibile avvalersi di un sistema dinamico di acquisizione. Il sistema dinamico di acquisizione è un procedimento interamente elettronico ed è aperto per tutto il periodo di efficacia a qualsiasi operatore economico che soddisfi i criteri di selezione. Può essere diviso in categorie definite di prodotti, lavori o servizi sulla base delle caratteristiche dell'appalto da eseguire. Tali caratteristiche possono comprendere un riferimento al quantitativo massimo ammissibile degli appalti specifici successivi o a un'area geografica specifica in cui gli appalti saranno eseguiti.*

2. *Per l'aggiudicazione nell'ambito di un sistema dinamico di acquisizione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti osservano le norme previste per la procedura ristretta di cui all'[articolo 72](#). Tutti i candidati che soddisfano i criteri di selezione sono ammessi al sistema e il numero dei candidati ammessi non può essere limitato. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti che hanno diviso il sistema in categorie di prodotti, lavori o servizi conformemente al comma 1, precisano i criteri di selezione applicabili per ciascuna categoria.*

3. *Nei settori ordinari, fermo restando quanto previsto dall'[articolo 72](#), si applicano i seguenti termini:*

a) *il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara o, se un avviso di pre-informazione è utilizzato come mezzo di indizione di una gara, dalla data d'invio dell'invito a confermare interesse. Non sono applicabili ulteriori termini per la ricezione delle domande di partecipazione una volta che l'invito a presentare offerte per il primo appalto specifico nel sistema dinamico di acquisizione è stato inviato;*

b) *il termine minimo per la ricezione delle offerte è di almeno dieci giorni dalla data di trasmissione dell'invito a presentare offerte. Si applica l'[articolo 72, comma 5](#).*

4. *Nei settori speciali si applicano i seguenti termini:*

a) *il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è fissato in non meno di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara o, se come mezzo di indizione di gara è usato un avviso periodico indicativo, dell'invito a confermare interesse. Non sono applicabili ulteriori termini per la ricezione delle domande di partecipazione dopo l'invio dell'invito a presentare offerte per il primo appalto specifico;*

b) *il termine minimo per la ricezione delle offerte è di almeno dieci giorni dalla data di trasmissione dell'invito a presentare offerte. Si applica l'[articolo 72, comma 5](#).*

5. *Tutte le comunicazioni nel quadro di un sistema dinamico di acquisizione sono effettuate esclusivamente con mezzi elettronici conformemente all'[articolo 29](#).*

6. *Per aggiudicare appalti nel quadro di un sistema dinamico di acquisizione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti:*

a) *pubblicano un avviso di indizione di gara precisando che si tratta di un sistema dinamico di acquisizione;*

b) *nei documenti di gara precisano almeno la natura e la quantità stimata degli acquisti previsti, nonché tutte le informazioni necessarie riguardanti il sistema dinamico di acquisizione, comprese le modalità di funzionamento del sistema, il dispositivo elettronico utilizzato nonché le modalità e le specifiche tecniche di collegamento;*

c) *indicano un'eventuale divisione in categorie di prodotti, lavori o servizi e le caratteristiche che definiscono le categorie;*

d) *offrono accesso libero, diretto e completo ai documenti di gara a norma dell'[articolo 88](#).*

7. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano a tutti gli operatori economici, per il periodo di validità del sistema dinamico di acquisizione, la possibilità di chiedere di essere ammessi al sistema alle condizioni di cui ai commi da 2 a 4.

Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti valutano tali domande in base ai criteri di selezione entro dieci giorni lavorativi dal loro ricevimento. Il termine può essere prorogato fino a quindici giorni lavorativi in singoli casi motivati, in particolare per la necessità di esaminare documentazione aggiuntiva o di verificare in altro modo se i criteri di selezione siano stati soddisfatti.

In deroga al primo, secondo e terzo periodo, a condizione che l'invito a presentare offerte per il primo appalto specifico nel sistema dinamico di acquisizione non sia stato inviato, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono prorogare il periodo di valutazione, purché durante il periodo di valutazione prorogato non sia emesso alcun invito a presentare offerte.

Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano nei documenti di gara la durata massima del periodo prorogato che intendono applicare. Le stazioni appaltanti comunicano al più presto all'operatore economico interessato se è stato ammesso o meno al sistema dinamico di acquisizione.

8. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti invitano tutti i partecipanti ammessi a presentare un'offerta per ogni specifico appalto nell'ambito del sistema dinamico di acquisizione, conformemente all'articolo 89 e all'articolo 165.

Se il sistema dinamico di acquisizione è stato suddiviso in categorie di prodotti, lavori o servizi, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti invitano tutti i partecipanti ammessi alla categoria che corrisponde allo specifico appalto a presentare un'offerta.

Essi aggiudicano l'appalto:

- a) nei settori ordinari, all'offerente che ha presentato la migliore offerta sulla base dei criteri di aggiudicazione enunciati nel bando di gara per l'istituzione del sistema dinamico di acquisizione o, se un avviso di preinformazione è utilizzato come mezzo di indizione di una gara, nell'invito a confermare interesse;
- b) nei settori speciali, all'offerente che ha presentato la migliore offerta sulla base dei criteri di aggiudicazione enunciati nel bando di gara per l'istituzione del sistema dinamico di acquisizione, nell'invito a confermare interesse, o, quando come mezzo di indizione di gara si usa un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione, nell'invito a presentare un'offerta.

9. I criteri di cui al comma 8 possono, all'occorrenza, essere precisati nell'invito a presentare offerte.

10. Nei settori ordinari, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono esigere, in qualsiasi momento nel periodo di validità del sistema dinamico di acquisizione, che i partecipanti ammessi innovino o aggiornino il documento di gara unico europeo di cui all'articolo 91, entro cinque giorni lavorativi dalla data in cui è trasmessa tale richiesta.

11. Nei settori speciali, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti che applicano i motivi di esclusione e criteri di selezione previsti dagli articoli 94, 95 e 99, possono esigere, in qualsiasi momento nel periodo di validità del sistema dinamico di acquisizione, che i partecipanti ammessi innovino o aggiornino il documento di gara unico europeo di cui all'articolo 91, entro cinque giorni lavorativi dalla data in cui è trasmessa tale richiesta.

12. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano nell'avviso di indizione di gara il periodo di validità del sistema dinamico di acquisizione.

Essi informano la Commissione europea di qualsiasi variazione di tale periodo di validità utilizzando i seguenti modelli di formulari:

a) se il periodo di validità è modificato senza porre fine al sistema, il modello utilizzato inizialmente per l'avviso di indizione di gara per il sistema dinamico di acquisizione;

b) se è posto termine al sistema, l'avviso di aggiudicazione di cui agli articoli 111 e 163, comma 2.

13. Non possono essere posti a carico degli operatori economici interessati o partecipanti al sistema dinamico di acquisizione i contributi di carattere amministrativo prima o nel corso del periodo di validità del sistema dinamico di acquisizione.

14. Il Ministero dell'economia e delle finanze, anche avvalendosi di Consip S.p.a., può provvedere alla realizzazione e gestione di un sistema dinamico di acquisizione per conto delle stazioni appaltanti, predisponendo gli strumenti organizzativi e amministrativi, elettronici e telematici e curando l'esecuzione di tutti i servizi informatici, telematici e di consulenza necessari.

15. Gli accordi quadro di cui all'articolo 59 e le convenzioni di cui all'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, possono essere stipulati in sede di aggiudicazione di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione. A essi si applica il termine dilatorio di cui all'articolo 18, comma 3, se di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea.

Si tratta della fedele riproduzione dell'**art. 34 della direttiva n. 2014/24/UE** e dell'**art. 55 D.Lgs. 50/2016**.

La novità principale ricorre al **co. 15**, dove si prevede l'applicazione degli accordi quadro anche al sistema dinamico di acquisizione.

In particolare, l'**art. 1, co. 586 L. 160/2019** dispone che tanto gli accordi-quadro quanto le convenzioni-quadro **ex art. 26 L. 488/1999** (ovvero gli accordi-quadro le cui condizioni sono predisposte da Consip S.p.a. e dai soggetti aggregatori) siano aggiudicati mediante una procedura svolta nell'ambito di un sistema dinamico di acquisizione.

Come evidenziato dalla **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato**, tale disciplina coniuga i vantaggi delle convenzioni-quadro e degli accordi-quadro (ovvero l'aggregazione della domanda, i maggiori volumi negoziati, la riduzione dei prezzi) con i vantaggi offerti dai sistemi dinamici di acquisizione: nello specifico, la possibilità di ingresso di nuovi fornitori durante tutto il periodo di validità del bando, oltre alla maggiore flessibilità e personalizzazione della prestazione resa.

Si prevede l'**obbligo dello stand-still period**, con un **termine sospensivo di 35 giorni** tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto.

Art. 33 – Aste elettroniche

1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono ricorrere ad aste elettroniche nelle quali sono presentati nuovi prezzi, modificati al ribasso, o nuovi valori riguardanti taluni elementi delle offerte. A tal fine, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti strutturano l'asta come un processo elettronico per fasi successive, che interviene dopo una prima valutazione completa delle offerte e consente di classificarle sulla base di un

trattamento automatico. Gli appalti di servizi e di lavori che hanno per oggetto prestazioni intellettuali, come la progettazione di lavori, che non possono essere classificati in base ad un trattamento automatico, non sono oggetto di aste elettroniche.

2. Nelle procedure aperte, ristrette o competitive con negoziazione o nelle procedure negoziate precedute da un'indizione di gara, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono stabilire che l'aggiudicazione di un appalto sia preceduta da un'asta elettronica quando il contenuto dei documenti di gara, in particolare le specifiche tecniche, può essere fissato in maniera precisa. Alle stesse condizioni, essi possono ricorrere all'asta elettronica in occasione della riapertura del confronto competitivo fra le parti di un accordo quadro di cui all'articolo 59, comma 4, lettere b) e c), e dell'indizione di gare per appalti da aggiudicare nell'ambito del sistema dinamico di acquisizione di cui all'articolo 32.

3. L'asta elettronica è aggiudicata sulla base di uno dei seguenti elementi contenuti nell'offerta:

a) esclusivamente i prezzi, quando l'appalto è aggiudicato sulla sola base del prezzo;

b) il prezzo o i nuovi valori degli elementi dell'offerta indicati nei documenti di gara, quando l'appalto è aggiudicato sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o costo/efficacia.

4. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano il ricorso a un'asta elettronica nel bando di gara o nell'invito a confermare l'interesse, nonché, per i settori speciali, nell'invito a presentare offerte quando per l'indizione di gara si usa un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione. I documenti di gara comprendono almeno i seguenti elementi: a) gli elementi i cui valori saranno oggetto dell'asta elettronica, purché tali elementi siano quantificabili in modo da essere espressi in cifre o in percentuali; b) i limiti eventuali dei valori che potranno essere presentati, quali risultano dal capitolato d'onere relativo all'oggetto dell'appalto; c) le informazioni che saranno messe a disposizione degli offerenti nel corso dell'asta elettronica e, se del caso, il momento in cui saranno messe a loro disposizione; d) le informazioni pertinenti sullo svolgimento dell'asta elettronica; e) le condizioni alle quali gli offerenti potranno rilanciare, in particolare gli scarti minimi eventualmente richiesti per il rilancio; f) le informazioni pertinenti sul dispositivo elettronico utilizzato e sulle modalità e specifiche tecniche di collegamento.

5. Prima di procedere all'asta elettronica, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti effettuano una valutazione completa delle offerte conformemente al criterio o ai criteri di aggiudicazione stabiliti e alla relativa ponderazione.

6. Nei settori ordinari, un'offerta è considerata ammissibile se è stata presentata da un offerente che non è stato escluso ai sensi degli articoli 94 e 95, che soddisfa i criteri di selezione di cui all'articolo 99 e la cui offerta è conforme alle specifiche tecniche senza essere irregolare o inaccettabile ovvero inadeguata, ai sensi dei commi 8, 9 e 10 del presente articolo.

7. Nei settori speciali, un'offerta è considerata ammissibile se è stata presentata da un offerente che non è stato escluso ai sensi dell'articolo 167, comma 1, lettera c), che soddisfa i criteri di selezione di cui al medesimo articolo 167, comma 1, lettera d), e la cui offerta è conforme alle specifiche tecniche senza essere irregolare o inaccettabile ovvero inadeguata, ai sensi dei commi 8, 9 e 10 del presente articolo.

8. Sono considerate irregolari le offerte che non rispettano i documenti di gara, che sono state ricevute in ritardo, in relazione alle quali vi sono prove di corruzione, concussione o abuso di ufficio o accordo tra operatori economici finalizzato a turbare l'asta, o che la stazione appaltante ha giudicato anormalmente basse.

9. Sono considerate inaccettabili le offerte presentate da offerenti che non possiedono la qualificazione necessaria e le offerte il cui prezzo supera l'importo posto dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti a base di gara stabilito e documentato prima dell'avvio della procedura di appalto.

10. Un'offerta è ritenuta inadeguata se non presenta alcuna pertinenza con l'appalto ed è quindi manifestamente incongruente, fatte salve le modifiche sostanziali idonee a rispondere alle esigenze della stazione appaltante o dell'ente concedente e ai requisiti specificati nei documenti di gara. Una domanda di partecipazione non è ritenuta adeguata se l'operatore economico interessato deve o può essere escluso ai sensi degli articoli 94 e 95 o dell'articolo 167, comma 1, lettera c), o non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 99.

11. Tutti gli offerenti che hanno presentato offerte ammissibili sono invitati simultaneamente, per via elettronica, a partecipare all'asta elettronica utilizzando, a decorrere dalla data e dall'ora previste, le modalità di connessione conformi alle istruzioni contenute nell'invito. L'asta elettronica può svolgersi in più fasi successive e non ha inizio prima di due giorni lavorativi successivi alla data di invio degli inviti.

12. L'invito è corredato del risultato della valutazione completa dell'offerta, effettuata conformemente alla ponderazione di cui all'articolo 108, commi 7 e 8. L'invito precisa, altresì, la formula matematica che determina, durante l'asta elettronica, le riclassificazioni automatiche in funzione dei nuovi prezzi e/o dei nuovi valori presentati. Salvo il caso in cui l'offerta economicamente più vantaggiosa sia individuata sulla base del solo prezzo, tale formula integra la ponderazione di tutti i criteri stabiliti per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa, quale indicata nel bando di gara o in altri documenti di gara. A tal fine, le eventuali forcelle devono essere precedentemente espresse con un valore determinato. Qualora siano autorizzate varianti, per ciascuna variante deve essere fornita una formula separata.

13. Nel corso di ogni fase dell'asta elettronica, le stazioni appaltanti comunicano in tempo reale a tutti gli offerenti almeno le informazioni che consentono loro di conoscere in ogni momento la rispettiva classificazione. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono, purché previsto nei documenti di gara, comunicare altre informazioni riguardanti altri prezzi o valori presentati. Possono, inoltre, rendere noto in qualsiasi momento il numero di partecipanti alla fase specifica dell'asta. In nessun caso, possono rendere nota l'identità degli offerenti durante lo svolgimento delle fasi dell'asta elettronica.

14. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti dichiarano conclusa l'asta elettronica secondo una o più delle seguenti modalità:

a) alla data e all'ora preventivamente indicate;

b) quando non ricevono più nuovi prezzi o nuovi valori che rispondono alle esigenze degli scarti minimi, a condizione che abbiano preventivamente indicato il termine che rispetteranno a partire dalla ricezione dell'ultima presentazione prima di dichiarare conclusa l'asta elettronica;

c) quando il numero di fasi dell'asta preventivamente indicato è stato raggiunto.

15. Se le stazioni appaltanti e gli enti concedenti intendono dichiarare conclusa l'asta elettronica ai sensi del comma 14, lettera c), eventualmente in combinazione con le modalità di cui alla lettera b) del medesimo comma, l'invito a partecipare all'asta indica il calendario di ogni fase dell'asta.

16. Dopo aver dichiarata conclusa l'asta elettronica, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti aggiudicano l'appalto in funzione dei suoi risultati.

Trattasi della mera trasposizione dell'**art. 35 della direttiva n. 2014/24/UE** e dell'**art. 56 D.Lgs. 50/2016**.

Il **co. 4** indica gli elementi che deve contenere la documentazione di gara riferita alle aste elettroniche relative agli appalti nei settori ordinari e speciali: è assorbito il previgente **Allegato XII del D.Lgs. 50/2016**.

Art. 34 – Cataloghi elettronici

1. *Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono chiedere che le offerte siano presentate sotto forma di catalogo elettronico o che includano un catalogo elettronico. Le offerte presentate sotto forma di catalogo elettronico possono essere corredate di altri documenti, a completamento dell'offerta.*

2. *I cataloghi elettronici sono predisposti dai candidati o dagli offerenti per la partecipazione a una determinata procedura di appalto in conformità alle specifiche tecniche e al formato stabiliti dalle stazioni appaltanti.*

3. *Quando la presentazione delle offerte sotto forma di cataloghi elettronici è accettata o richiesta, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti:*

a) nei settori ordinari, lo indicano nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, quando il mezzo di indizione di gara è un avviso di pre-informazione; nei settori speciali, lo indicano nel bando di gara, nell'invito a confermare interesse, o, quando il mezzo di indizione di gara è un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione, nell'invito a presentare offerte o a negoziare;

b) indicano nei documenti di gara tutte le informazioni relative al formato, al dispositivo elettronico utilizzato nonché alle modalità e alle specifiche tecniche per il catalogo.

4. *Quando un accordo quadro è concluso con più operatori economici dopo la presentazione delle offerte sotto forma di cataloghi elettronici, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono prevedere che la riapertura del confronto competitivo per i contratti specifici avvenga sulla base di cataloghi aggiornati.*

In tal caso, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti utilizzano, alternativamente, uno dei seguenti metodi:

a) invitano gli offerenti a ripresentare i loro cataloghi elettronici, adattati alle esigenze del contratto in questione;

b) comunicano agli offerenti che intendono avvalersi delle informazioni raccolte dai cataloghi elettronici già presentati per costituire offerte adeguate ai requisiti del contratto in questione, a condizione che il ricorso a questa possibilità sia stato previsto nei documenti di gara relativi all'accordo quadro.

5. *Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, in caso di riapertura del confronto competitivo per i contratti specifici in conformità al comma 4, lettera b), indicano agli offerenti la data e l'ora in cui intendono procedere alla raccolta delle informazioni necessarie per costituire offerte adattate ai requisiti del contratto specifico e danno agli offerenti la possibilità di rifiutare tale raccolta di informazioni.*

Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti prevedono un adeguato periodo di tempo tra la notifica e l'effettiva raccolta di informazioni.

Prima dell'aggiudicazione dell'appalto, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti presentano le informazioni raccolte all'offerente interessato, in modo da offrire la possibilità di contestare o confermare che l'offerta così costituita non contiene errori materiali.

6. *Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono aggiudicare appalti basati su un sistema dinamico di acquisizione richiedendo che le offerte per un appalto specifico siano presentate sotto forma di catalogo elettronico.*

Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono, inoltre, aggiudicare appalti basati su un sistema dinamico di acquisizione conformemente al comma 4, lettera b), e al comma 5, a condizione che la domanda di partecipazione al sistema dinamico di acquisizione sia accompagnata da un catalogo elettronico in conformità con le specifiche tecniche e il formato stabilito dalla stazione appaltante o dall'ente concedente.

Tale catalogo è completato dai candidati, qualora sia stata comunicata l'intenzione della stazione appaltante o dell'ente concedente di costituire offerte attraverso la procedura di cui al comma 4, lettera b).

Salvo irrilevanti modifiche di coordinamento, si ripropone il precetto dell'**art. 36 della direttiva n. 2014/24/UE e dell'art. 57 D.Lgs. 50/2016.**

Art. 35 – Accesso agli atti e riservatezza

1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano in modalità digitale l'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, mediante acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inseriti nelle piattaforme, ai sensi degli articoli 3-bis e 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 e degli articoli 5 e 5-bis del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.

2. Fatta salva la disciplina prevista dal codice per i contratti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, l'esercizio del diritto di accesso è differito:

a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;

b) nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti o degli enti concedenti, dei nominativi dei candidati da invitare;

c) in relazione alle domande di partecipazione e agli atti, dati e informazioni relativi ai requisiti di partecipazione di cui agli articoli 94, 95 e 98 e ai verbali relativi alla fase di ammissione dei candidati e offerenti, fino all'aggiudicazione;

d) in relazione alle offerte e ai verbali relativi alla valutazione delle stesse e agli atti, dati e informazioni a questa presupposti, fino all'aggiudicazione;

e) in relazione alla verifica della anomalia dell'offerta e ai verbali riferiti alla detta fase, fino all'aggiudicazione.

3. Fino alla conclusione delle fasi o alla scadenza dei termini di cui al comma 2 gli atti, i dati e le informazioni non possono essere resi accessibili o conoscibili. Per i pubblici ufficiali o per gli incaricati di pubblico servizio la violazione della presente disposizione rileva ai fini dell'articolo 326 del codice penale.

4. Fatta salva la disciplina prevista per i contratti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, e salvo quanto disposto dal comma 5, il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione:

a) possono essere esclusi in relazione alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali;

b) sono esclusi in relazione:

1) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;

2) alle 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) alle piattaforme digitali e alle infrastrutture informatiche utilizzate dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, ove coperte da diritti di privativa intellettuale.

5. In relazione all'ipotesi di cui al comma 4, lettere a) e b), numero 3), è consentito l'accesso al concorrente, se indispensabile ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi giuridici rappresentati in relazione alla procedura di gara.

La disposizione disciplina parte della procedura di accesso agli atti nell'ambito dell'intero ciclo di vita di un contratto pubblico e deve essere letta **in combinato disposto con l'art. 36**.

Il fine dell'articolo è consentire la conoscibilità non solo della dichiarazione degli altri concorrenti e del contenuto delle singole offerte, bensì anche del percorso logico-argomentativo e valutativo sottostante.

Il **co. 1**, a differenza dell'**art. 53 D.Lgs. 50/2016**, allinea le modalità di accesso all'utilizzo delle piattaforme di *e-procurement*.

Si prevede che le stazioni appaltanti assicurano l'accesso alle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici in modalità digitale, tramite l'acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inseriti nelle piattaforme *ex artt. 3-bis e 22 ss. L. 241/1990*, oltre agli **artt. 5 e 5-bis D.Lgs. 33/2013**.

Centrale è la statuizione secondo cui a tutti i cittadini è riconosciuta la possibilità di accedere, per mezzo dell'accesso civico generalizzato, alla documentazione di gara nei limiti disposti dal D.Lgs. 33/2013: già l'**Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 10/2020** aveva affermato che tale istituto è applicabile a tutte le fasi dei contratti pubblici, essendo la trasparenza il fondamento della democrazia amministrativa.

Sul punto, la **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** sottolinea come "l'Adunanza plenaria n. 10/2020 [abbia] affermato che detto strumento si applica a tutte le fase dei contratti pubblici, chiarendo che il principio di trasparenza, che si esprime nella conoscibilità dei documenti amministrativi, rappresenta il fondamento della democrazia amministrativa in uno stato di diritto, assicurando anche il buon funzionamento della pubblica amministrazione attraverso l'intelligibilità dei processi decisionali e l'assenza di corruzione. Partendo da queste premesse, l'Adunanza plenaria è giunta a chiarire che l'accesso civico generalizzato sostanzia un diritto fondamentale che contribuisce al miglior soddisfacimento degli altri diritti fondamentali

che l'ordinamento giuridico riconosce alla persona. La natura fondamentale del diritto di accesso generalizzato secondo il Consiglio di Stato si rinviene oltre che nella Carta costituzionale (artt. 1, 2, 97 e 117) e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 42) anche nell'art. 10 della CEDU in quanto la libertà di espressione include la libertà di ricevere informazioni e le eventuali limitazioni, per tutelare altri interessi pubblici e privati in conflitto, sono solo quelle previste dal legislatore, risultando la disciplina delle eccezioni coperta da riserva di legge. Con l'accesso civico generalizzato il legislatore ha voluto introdurre il diritto della persona a ricercare informazioni, quale diritto che consente la partecipazione al dibattito pubblico e di conoscere i dati e le decisioni delle amministrazioni al fine di rendere possibile quel controllo "democratico" che l'istituto intendere perseguire".

I **co. 2-3** prevedono le **tempistiche** per ottenere la documentazione e le conseguenze in caso di violazione degli obblighi di differimento.

I **co. 4-5**, infine, disciplinano le **ipotesi di esclusione dall'accesso**.

Queste ipotesi si riferiscono, in particolare, (i) alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali; (ii) ai pareri legali acquisiti per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici; (iii) alle 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; (iv) alle piattaforme digitali e alle infrastrutture informatiche utilizzate dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, ove coperte da diritti di privativa intellettuale.

Le limitazioni di cui al punti (i) e (iv) potranno essere superate se all'esito del **bilanciamento tra interessi contrapposti** l'ostensione risulti indispensabile ai fini della **difesa in giudizio** degli interessi giuridici rappresentati del richiedente in relazione alla procedura di gara.

Art. 36 – Norme procedurali e processuali in tema di accesso

1. *L'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario, i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione sono resi disponibili, attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale di cui all'articolo 25 utilizzata dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 90.*

2. *Agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria sono resi reciprocamente disponibili, attraverso la stessa piattaforma, gli atti di cui al comma 1, nonché le offerte dagli stessi presentate.*

3. *Nella comunicazione dell'aggiudicazione di cui al comma 1, la stazione appaltante o l'ente concedente dà anche atto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte di cui ai commi 1 e 2, indicate dagli operatori ai sensi dell'articolo 35, comma 4, lettera a).*

4. Le decisioni di cui al comma 3 sono impugnabili ai sensi dell'articolo 116 del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato I al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, con ricorso notificato e depositato entro dieci giorni dalla comunicazione digitale della aggiudicazione. Le parti intimare possono costituirsi entro dieci giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notifica del ricorso.
5. Nel caso in cui la stazione appaltante o l'ente concedente ritenga insussistenti le ragioni di segretezza indicate dall'offerente ai sensi dell'articolo 35, comma 4, lettera a), l'ostensione delle parti dell'offerta di cui è stato richiesto l'oscuramento non è consentita prima del decorso del termine di impugnazione delle decisioni di cui al comma 4.
6. Nel caso di cui al comma 4 la stazione appaltante o l'ente concedente può inoltrare segnalazione all'ANAC la quale può irrogare una sanzione pecuniaria nella misura stabilita dall'articolo 222, comma 9, ridotta alla metà nel caso di pagamento entro trenta giorni dalla contestazione, qualora vi siano reiterati rigetti di istanze di oscuramento.
7. Il ricorso di cui al comma 4 è fissato d'ufficio in udienza in camera di consiglio nel rispetto di termini pari alla metà di quelli di cui all'articolo 55 del codice di cui all'allegato I al decreto legislativo n. 104 del 2010 ed è deciso alla medesima udienza con sentenza in forma semplificata, da pubblicarsi entro cinque giorni dall'udienza di discussione, e la cui motivazione può consistere anche in un mero richiamo delle argomentazioni contenute negli scritti delle parti che il giudice ha inteso accogliere e fare proprie.
8. Il rito e i termini di cui ai commi 4 e 7 si applicano anche nei giudizi di impugnazione.
9. Il termine di impugnazione dell'aggiudicazione e dell'ammissione e valutazione delle offerte diverse da quella aggiudicataria decorre comunque dalla comunicazione di cui all'articolo 90.

L'art. 36 completa la disposizione precedente, introducendo anche alcune **norme di natura processuale**.

Il **co. 1** prevede, in termini innovativi, la **possibilità**, per tutti i candidati ed offerenti **non definitivamente esclusi** al momento di comunicazione digitale dell'aggiudicazione, di accedere, tramite la piattaforma digitale, **all'offerta dell'aggiudicatario, ai verbali di gara ed agli atti, dati ed informazioni presupposto dell'aggiudicazione**.

Come sottolineato dalla **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato**, il fine è duplice: (i) dare piena applicazione all'art. 55, co. 2, lett. c) della direttiva 2014/24/UE e (ii) recepire il principio di diritto espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 10/2020.

Al riguardo, infatti, la Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato ha affermato quanto segue: *"va considerato quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa in tema di accesso civico generalizzato ai sensi dell'art. 5, del d. lgs. 14 marzo 2013, n. 33, applicato ai contratti pubblici, il cui dibattito sul punto ha trovato componimento nella decisione del Consiglio di Stato resa in Adunanza Plenaria, del 2 aprile 2020, n. 10. Detta sentenza ha definitivamente riconosciuto la possibilità di conoscere, da parte del "quisque de populo", gli atti della procedura di gara, compresi gli atti della fase esecutiva, nei limiti della tutela degli interessi pubblici e privati coinvolti secondo quanto previsto dall'articolo 5 bis del d. lgs. 14 marzo 2013, n.33. Ciò porta a ritenere che l'offerta selezionata all'esito di una procedura di gara, una volta individuata dalla stazione*

appaltante, diventa di “interesse pubblico” in quanto, rispetto alla collettività, è l’offerta che l’amministrazione si impegna a realizzare e a pagare con soldi pubblici con la possibilità di essere conosciuta da tutti i cittadini e, quindi, a maggior ragione, dai partecipanti alla procedura di gara che sono legittimati a conoscere gli atti della medesima e a sapere come l’amministrazione ha fatto la sua scelta, anche per tutelare i propri interessi in sede processuale. Mettere a disposizione dei partecipanti tutti gli atti della procedura e l’offerta selezionata all’esito dell’aggiudicazione consente all’amministrazione di evitare una eventuale fase amministrativa relativa alle istanze di accesso e ai partecipanti di conoscere immediatamente la scelta fatta dall’amministrazione e orientarsi sulla opportunità o meno di procedere in sede processuale”.

Il **co. 2** introduce la possibilità, **per i primi cinque concorrenti in graduatoria**, di accedere alle offerte ed ai documenti di gara: il tutto per ridurre i tempi di un eventuale contenzioso *post* aggiudicazione. Il **co. 3** prevede l’**obbligo** per la stazione appaltante di indicare, al momento della pubblicazione sulla piattaforma dell’offerta dell’aggiudicatario, eventuali richieste di oscuramento presentate dai concorrenti in sede di gara: già nella fase procedimentale di valutazione delle offerte, la P.A. può valutare la rilevanza delle ragioni di segretezza dichiarate dai partecipanti alla gara, con riguardo ad eventuali segreti commerciali o tecnici.

Una volta messa a disposizione sulla piattaforma l’offerta selezionata, il procedimento di accesso nella sua fase amministrativa s’intende concluso e, per conoscere le parti riservate, gli interessati dovranno adire il giudice amministrativo.

Il **co. 6**, per scongiurare indicazioni di segretezza infondate, attribuisce alla P.A. la facoltà di segnalare la questione all’ANAC, laddove vi siano stati **“reiterati rigetti”**: la genericità della locuzione non chiarisce il momento di integrazione della fattispecie sanzionatoria, né se si riferisca alle sole pronunce amministrative o anche alle decisioni assunte dalle stazioni appaltanti in sede amministrativa.

Il **co. 9** precisa che il ***dies a quo*** per impugnare l’aggiudicazione e l’ammissione e valutazione delle offerte (diverse da quelle dell’aggiudicatario) decorre dalla comunicazione ***ex art. 90 del codice***.

I **co. 4-5-7-8**, invece, si segnalano per la previsione di un **sub-procedimento** circa le decisioni sulle istanze di oscuramento: è un rito processuale **parallelo a quello *ex art. 116 c.p.a.***

Nello specifico:

- il co. 5 ammette l’ostensione solo una volta decorso il termine di impugnazione: sia pur nel silenzio del legislatore, è logico ritenere che, presentato un ricorso, si dovrà attendere la decisione del giudice amministrativo;
- il co. 7 reca disposizioni processuali accelerate per il sub-rito: si riducono della metà i termini *ex art. 55 c.p.a.* per la fissazione della camera di consiglio e, per la decisione della causa, si esige la sentenza in forma semplificata (da pubblicare entro 5 giorni dall’udienza);
- il co. 8 estende tali disposizioni anche ai giudizi di impugnazione davanti al Consiglio di Stato.

PARTE III

DELLA PROGRAMMAZIONE

Art. 37 – Programmazione dei lavori e degli acquisti di beni e servizi

1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti: a) adottano il programma triennale dei lavori pubblici e il programma triennale degli acquisti di beni e servizi. I programmi sono approvati nel rispetto dei documenti programmatori e in coerenza con il bilancio e, per gli enti locali, secondo le norme della programmazione economico-finanziaria e i principi contabili; b) approvano l'elenco annuale che indica i lavori da avviare nella prima annualità e specifica per ogni opera la fonte di finanziamento, stanziata nello stato di previsione o nel bilancio o comunque disponibile.

2. Il programma triennale dei lavori pubblici e i relativi aggiornamenti annuali contengono i lavori, compresi quelli complessi e da realizzare tramite concessione o partenariato pubblico-privato, il cui importo si stima pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 50, comma 1, lettera a). I lavori di importo pari o superiore alla soglia di rilevanza europea di cui all'articolo 14, comma 1, lettera a), sono inseriti nell'elenco triennale dopo l'approvazione del documento di fattibilità delle alternative progettuali e nell'elenco annuale dopo l'approvazione del documento di indirizzo della progettazione. I lavori di manutenzione ordinaria superiori alla soglia indicata nel secondo periodo sono inseriti nell'elenco triennale anche in assenza del documento di fattibilità delle alternative progettuali. I lavori, servizi e forniture da realizzare in amministrazione diretta non sono inseriti nella programmazione.

3. Il programma triennale di acquisti di beni e servizi e i relativi aggiornamenti annuali indicano gli acquisti di importo stimato pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 50, comma 1, lettera b).

4. Il programma triennale e i relativi aggiornamenti annuali sono pubblicati sul sito istituzionale e nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

5. Il presente articolo non si applica alla pianificazione delle attività dei soggetti aggregatori e delle centrali di committenza.

6. Con l'allegato I.5 sono definiti: a) gli schemi tipo, gli ordini di priorità degli interventi, comprensivi del completamento delle opere incompiute e dell'effettuazione dei lavori programmati e non avviati, e la specificazione delle fonti di finanziamento; b) le condizioni che consentono di modificare la programmazione e di realizzare un intervento o procedere a un acquisto non previsto nell'elenco annuale; c) le modalità di raccordo con la pianificazione dell'attività dei soggetti aggregatori e delle centrali di committenza ai quali le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono delegare le attività.

7. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato I.5 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previo parere del Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile (CIPESS), d'intesa con la Conferenza unificata, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

Si introduce la parte dedicata alla programmazione delle attività di acquisto (di lavori, beni e servizi) da parte della Pubblica Amministrazione.

Il **co. 1** prevede **tre atti programmatori di base**: (i) programma triennale dei lavori pubblici; (ii) elenco annuale dei lavori che devono essere avviati nella prima annualità; (iii) programma triennale degli acquisti di beni e servizi.

La principale novità è il passaggio, per beni e servizi, dalla programmazione biennale del previgente codice a quella triennale: il fine è **equiparare la programmazione degli acquisti di beni e servizi a quella dei lavori**, oltreché degli atti di programmazione economico-finanziaria. È stato inserito un riferimento ai principi contabili di cui al **D.Lgs. 118/2011** per sottolineare il rapporto tra programmazione gestionale e programmazione finanziaria.

Il **co. 2** introduce l'obbligo di inserimento nel programma triennale dei lavori pubblici solo degli interventi di importo **pari o superiore alla soglia di 150.000 €**.

Per i lavori **sopra la soglia europea** (salva la manutenzione ordinaria) l'inserimento avviene dopo l'approvazione del documento di fattibilità delle alternative progettuali.

Il successivo inserimento nell'elenco annuale richiede, poi, la previa approvazione del documento di indirizzo della progettazione.

In sede di approvazione definitiva, si è previsto che i lavori, i servizi e le forniture da realizzare in amministrazione diretta non devono essere inseriti in programmazione.

Il **co. 3** prevede, per la programmazione degli acquisti di beni e servizi, una soglia minima, ai fini dell'inserimento nella programmazione triennale, **pari a 140.000 €**.

Il **co. 4** prevede l'obbligo di pubblicazione degli atti di programmazione sul sito istituzionale del committente e nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

Il **co. 5** esclude dall'ambito applicativo della disposizione la pianificazione dei soggetti aggregatori e delle centrali di committenza.

Il **co. 6** rinvia all'**Allegato I.5** la disciplina di dettaglio degli schemi tipo, degli ordini di priorità degli interventi e della specificazione delle fonti di finanziamento.

Il **co. 7** evidenzia che l'Allegato in questione **può essere modificato** con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, previo parere del CIPES, d'intesa con la Conferenza unificata, che lo sostituisce integralmente anche come allegato al Codice.

Art. 38 – Localizzazione e approvazione del progetto delle opere

1. *L'approvazione dei progetti da parte delle amministrazioni è effettuata in conformità alla legge 7 agosto 1990, n. 241, e alle disposizioni statali e regionali che regolano la materia. La procedura di cui al presente articolo si applica anche alle opere di interesse pubblico, ivi comprese quelle di cui al decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, se concernenti la concessione e la gestione di opere pubbliche, oppure la concessione di servizi pubblici con opere da realizzare da parte del concessionario.*

2. *La procedura di cui al presente articolo non si applica se è stata già accertata la conformità del progetto di fattibilità tecnica ed economica alla pianificazione urbanistica e alla regolamentazione edilizia: a) per le opere pubbliche di interesse statale, escluse quelle destinate alla difesa militare, dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, sentiti gli enti territoriali interessati; b) per le opere pubbliche di interesse locale, dal comune, oppure dalla regione o dalla provincia autonoma interessata in caso di opere interessanti il territorio di almeno due comuni.*

3. *La stazione appaltante o l'ente concedente convoca, ai fini dell'approvazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica nonché della localizzazione dell'opera, una conferenza di servizi semplificata ai sensi dell'articolo 14-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241 a cui partecipano tutte le amministrazioni interessate, ivi comprese le regioni, le province autonome, i comuni incisi dall'opera e le amministrazioni preposte alla tutela ambientale, del patrimonio culturale, del paesaggio e della salute.*

4. *Per le opere pubbliche di interesse statale, contestualmente alla convocazione della conferenza di servizi di cui al comma 3, la stazione appaltante o l'ente concedente trasmette il progetto di fattibilità tecnica ed economica al Consiglio superiore dei lavori pubblici, o al competente Provveditorato interregionale per le opere pubbliche, ai fini dell'espressione del parere, ove previsto. Il progetto di fattibilità tecnica ed economica contiene sempre l'alternativa di progetto a consumo zero del suolo ai fini della rigenerazione urbana.*

5. *Il Consiglio superiore dei lavori pubblici o il Provveditorato interregionale per le opere pubbliche, se ravvisa carenze ostative al rilascio del parere favorevole, ivi comprese quelle relative agli aspetti di rigenerazione urbana, restituisce il progetto entro quindici giorni dalla sua ricezione con l'indicazione delle integrazioni o modifiche necessarie. La stazione appaltante o l'ente concedente procede alle modifiche e alle integrazioni richieste entro il termine perentorio di quindici giorni dalla data di restituzione del progetto.*

Il Consiglio superiore o il Provveditorato interregionale esprime il parere entro il termine massimo di quarantacinque giorni dalla ricezione del progetto di fattibilità tecnica ed economica oppure entro il termine massimo di venti giorni dalla ricezione del progetto modificato o integrato. Decorsi tali termini, il parere si intende reso in senso favorevole.

6. *Decorsi quindici giorni dalla trasmissione del progetto al Consiglio superiore dei lavori pubblici o al Provveditorato interregionale per le opere pubbliche o, nel caso in cui sia stato restituito a norma del comma 5, contestualmente alla trasmissione al Consiglio o al Provveditorato del progetto modificato, la stazione appaltante o l'ente concedente trasmette il progetto alle autorità competenti per i provvedimenti di cui al comma 8.*

7. *Nel caso di opere pubbliche di interesse locale o di interesse statale per le quali non è richiesto il parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici o del Provveditorato interregionale per le opere pubbliche, la stazione appaltante o l'ente concedente trasmette il progetto alle autorità competenti per i provvedimenti di cui al comma 8.*

8. *Nel corso della conferenza di servizi sono acquisiti e valutati l'assoggettabilità alla verifica preventiva dell'interesse archeologico e della VIA valutazione di impatto ambientale, tenuto conto delle preminenti*

esigenze di appaltabilità dell'opera e di certezza dei tempi di realizzazione, l'esito dell'eventuale dibattito pubblico, nonché, per le opere pubbliche di interesse statale, il parere di cui ai commi 4 e 5.

Le risultanze della valutazione di assoggettabilità alla verifica preventiva dell'interesse archeologico sono acquisite nel corso della conferenza dei servizi di cui al comma 3 e sono corredate, qualora non emerga la sussistenza di un interesse archeologico, delle eventuali prescrizioni relative alle attività di assistenza archeologica in corso d'opera.

Qualora dalla valutazione di assoggettabilità alla verifica preventiva dell'interesse archeologico emerga l'esistenza di un interesse archeologico, il soprintendente procede ai sensi dell'allegato I.8, tenuto conto del cronoprogramma dell'opera.

Gli esiti della valutazione di impatto ambientale sono comunicati dall'autorità competente alle altre amministrazioni che partecipano alla conferenza di servizi.

Qualora si sia svolto il dibattito pubblico, è escluso il ricorso all'inchiesta pubblica o ad altra forma di consultazione del pubblico.

9. La conferenza di servizi si conclude nel termine di sessanta giorni dalla sua convocazione, prorogabile, su richiesta motivata delle amministrazioni preposte alla tutela degli interessi di cui all'articolo 14-quinquies, comma 1, della legge n. 241 del 1990, una sola volta per non più di dieci giorni.

Si considera acquisito l'assenso delle amministrazioni che non si sono espresse nel termine di conclusione della conferenza di servizi, di quelle assenti o che abbiano espresso un dissenso non motivato o riferito a questioni che non costituiscono oggetto della conferenza medesima.

10. La determinazione conclusiva della conferenza di servizi, da adottarsi nei cinque giorni successivi alla scadenza del termine di cui al comma 9, approva il progetto e perfeziona ad ogni fine urbanistico ed edilizio l'intesa tra gli enti territoriali interessati anche ai fini della localizzazione dell'opera, della conformità urbanistica e paesaggistica dell'intervento, della risoluzione delle interferenze e delle relative opere mitigatrici e compensatrici.

L'intesa tra gli enti interessati, in ordine alla localizzazione dell'opera, ha effetto di variante agli strumenti urbanistici vigenti. Essa comprende il provvedimento di valutazione di impatto ambientale, la valutazione di assoggettabilità alla verifica preventiva dell'interesse archeologico, i titoli abilitativi necessari, la dichiarazione di pubblica utilità e indifferibilità delle opere nonché il vincolo preordinato all'esproprio e consente la realizzazione di tutte le opere e attività previste nel progetto approvato.

A tal fine, le comunicazioni agli interessati di cui all'articolo 14, comma 5, della legge n. 241 del 1990 tengono luogo della fase partecipativa di cui all'articolo 11 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 327 del 2001. Gli enti locali provvedono alle necessarie misure di salvaguardia delle aree interessate e delle relative fasce di rispetto e non possono autorizzare interventi edilizi incompatibili con la localizzazione dell'opera.

11. Nella procedura di cui al presente articolo, le determinazioni delle amministrazioni diverse dalla stazione appaltante o dall'ente concedente e comunque coinvolte ai sensi dell'articolo 14-bis, comma 3, della legge n. 241 del 1990, in qualsiasi caso di dissenso o non completo assenso, non possono limitarsi a esprimere contrarietà alla realizzazione delle opere o degli impianti, ma devono, tenuto conto delle circostanze del caso concreto, indicare le prescrizioni e le misure mitigatrici che rendano compatibile l'opera e possibile l'assenso, valutandone altresì i profili finanziari.

Tali prescrizioni sono determinate conformemente ai principi di proporzionalità, efficacia e sostenibilità finanziaria dell'intervento risultante dal progetto originariamente presentato. Le disposizioni di cui al primo e

secondo periodo si applicano, senza deroghe, a tutte le amministrazioni comunque partecipanti alla conferenza di servizi, incluse quelle titolari delle competenze in materia urbanistica, paesaggistica, archeologica e del patrimonio culturale.

12. Le disposizioni di cui al comma 11 si applicano anche ai procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del codice, per i quali non sia ancora intervenuta la determinazione conclusiva della conferenza di servizi.

13. Per gli appalti conseguenti al ritiro, alla revoca o all'annullamento di un precedente appalto sono validi i pareri, le autorizzazioni e le intese già acquisite, purché il RUP attesti l'assenza di variazioni nel progetto e nella regolamentazione ambientale, paesaggistica e urbanistica sulla cui base i pareri, le autorizzazioni e le intese erano stati adottati. La disposizione di cui al primo periodo non si applica ai casi di ritiro, revoca o annullamento del precedente appalto per vizi o circostanze inerenti ai pareri, alle autorizzazioni o alle intese.

14. Restano ferme le disposizioni speciali vigenti per determinate tipologie di opere pubbliche di interesse nazionale, comprese quelle relative agli interventi del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), di cui al regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021.

L'articolo disciplina per la prima volta un procedimento relativo alla localizzazione ed approvazione dei progetti di opere di interesse statale, con ciò riconducendo ad unità la legislazione previgente (d.P.R. 383/1994, art. 13 D.L. 76/2021 e art. 44 D.L. 77/2021).

Il **co. 1** indica le disposizioni *extra codicem* applicabili, definendo l'ambito applicativo del procedimento in oggetto.

Il **co. 2** elenca i **casi di esclusione** dall'applicazione della disposizione, con riguardo alle opere la cui conformità del progetto di fattibilità tecnico-economica alla disciplina urbanistica ed edilizia sia già stata accertata.

Il **co. 3** disciplina la fase di avvio del procedimento: la stazione appaltante o l'ente concedente convoca una conferenza di servizi semplificata *ex art. 14-bis L. 241/1990*, finalizzata all'approvazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica.

Il **co. 4** considera il caso in cui l'opera sia di **interesse statale**: il progetto di fattibilità tecnico-economica deve essere trasmesso al Consiglio superiore dei lavori pubblici oppure al competente Provveditorato interregionale per le opere pubbliche, acquisendone il relativo parere.

Deve essere prevista un'alternativa a consumo zero del suolo, ai fini della rigenerazione urbana.

Il **co. 5** qualifica come **perentori** tutti i termini infraprocedimentali della resa del parere Consiglio superiore dei lavori pubblici o del Provveditorato interregionale per le opere pubbliche; si introduce il **silenzio-assenso** nel caso in cui il parere non venga reso tempestivamente: tutto ciò tende a garantire la completezza istruttoria e documentale in seno alla conferenza di servizi.

I **co. 6-8** disciplinano le opere soggette a **valutazione di impatto ambientale (VIA)** ed alla **valutazione preventiva dell'interesse archeologico**, nonché al **dibattito pubblico**.

Il **co. 9** fissa in **60 giorni** il termine massimo per la conclusione della conferenza di servizi, prorogabile per **non più di 10 giorni** unicamente su istanza motivata delle amministrazioni preposte alla tutela degli interessi sensibili: il termine massimo non può, pertanto, eccedere i 70 giorni.

Il **co. 10** definisce la natura e gli effetti giuridici della **determinazione conclusiva della conferenza di servizi**: in quanto **provvedimento a contenuto complesso** sul piano autorizzatorio, urbanistico, ambientale, paesaggistico e localizzativo, esso ha effetto di variante agli strumenti urbanistici vigenti e comprende il provvedimento di VIA, i titoli abilitativi necessari e la dichiarazione di pubblica utilità ed indifferibilità delle opere, oltre al vincolo espropriativo.

I **co. 11-12** prevedono oneri a pena di decadenza in capo alle amministrazioni partecipanti alla conferenza di servizi: l'eventuale **dissenso deve essere qualificato**, per mezzo di prescrizioni atte al suo superamento e proporzionate all'intervento da realizzare.

Il **co. 13** dispone la permanente validità di progetti, autorizzazioni ed intese alla base di appalti già annullati, ritirati o revocati: tali atti potranno essere posti a base di nuovi appalti, laddove non vi siano state variazioni nel progetto e nella regolamentazione ambientale, paesaggistica ed urbanistica.

A differenza dell'art. 27, co. 1-bis D.Lgs. 50/2016 (validità non superiore a 5 anni), non si prevede un termine massimo di validità degli atti, richiedendosi al RUP l'attestazione sul mancato intervento di variazioni sostanziali, né nel progetto né a livello normativo: la validità dipende dall'assenza di variazioni sostanziali e non dal mero dato temporale.

Il **co. 14** fa salve le disposizioni vigenti relative a determinate tipologie di opere pubbliche di interesse nazionale, comprese quelle relative agli interventi del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR).

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

1. Le disposizioni del presente articolo disciplinano le procedure di pianificazione, programmazione e progettazione delle infrastrutture strategiche la cui realizzazione riveste carattere di urgenza e di preminente interesse nazionale ai fini della modernizzazione e dello sviluppo della Nazione.

2. Il Governo qualifica una infrastruttura come strategica e di preminente interesse nazionale con delibera del Consiglio dei ministri, in considerazione del rendimento infrastrutturale, dei costi, degli obiettivi e dei tempi di realizzazione dell'opera. La qualificazione è operata su proposta dei Ministri competenti, sentite le regioni interessate, ovvero su proposta delle regioni al Governo, sentiti i Ministri competenti.

3. L'elenco delle infrastrutture di cui al presente articolo è inserito nel documento di economia e finanza, con l'indicazione: a) dei criteri di rendimento attesi in termini di sviluppo infrastrutturale, riequilibrio socio-economico fra le aree del territorio nazionale, sostenibilità ambientale, garanzia della sicurezza strategica,

contenimento dei costi dell'approvvigionamento energetico del Paese, adeguamento della strategia nazionale a quella della rete europea delle infrastrutture; b) degli esiti della valutazione delle alternative progettuali; c) dei costi stimati e dei relativi stanziamenti; d) del cronoprogramma di realizzazione.

4. Gli interventi di cui al comma 3 sono automaticamente inseriti nelle intese istituzionali di programma e negli accordi di programma quadro ai fini della individuazione delle priorità e ai fini dell'armonizzazione con le iniziative già incluse nelle intese e negli accordi stessi.

5. Per l'approvazione dei progetti relativi agli interventi di cui al comma 3 si applicano le disposizioni di cui all'articolo 38. A tal fine, i termini di cui al terzo periodo del comma 5 dell'articolo 38 sono ridotti a trenta giorni e quelli di cui al comma 9, primo periodo, del medesimo articolo 38 a quarantacinque giorni e non sono prorogabili.

6. Il Consiglio superiore dei lavori pubblici, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, istituisce un comitato speciale per l'esame dei progetti relativi agli interventi di cui al presente articolo.

7. Ai fini della verifica preventiva dell'interesse archeologico di cui all'articolo 38, comma 8, il progetto di fattibilità tecnico ed economico relativo agli interventi di cui al comma 1 del presente articolo, è trasmesso dalla stazione appaltante alla competente soprintendenza decorsi quindici giorni dalla trasmissione al Consiglio superiore dei lavori pubblici del progetto di fattibilità tecnico-economica medesimo. Le risultanze della valutazione di assoggettabilità preventiva dell'interesse archeologico sono acquisite nel corso della conferenza dei servizi di cui all'articolo 38, comma 3.

8. In presenza di dissensi qualificati ai sensi dell'articolo 14-quinquies, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241, la procedura di cui ai commi 4, 5 e 6 del medesimo articolo può essere sostituita dall'adozione di un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e trasporti, previa deliberazione del CIPESS, integrato dai presidenti delle regioni o delle province autonome interessate, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281. Il predetto decreto approva il progetto di fattibilità tecnico-economica delle infrastrutture di cui al presente articolo e produce i medesimi effetti di cui all'articolo 38, comma 10.

9. Il monitoraggio delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari per la prevenzione e la repressione di tentativi di infiltrazione mafiosa è attuato da un Comitato di coordinamento istituito presso il Ministero dell'interno, secondo procedure approvate con delibera CIPESS, su proposta del medesimo Comitato di coordinamento. Si applicano, altresì, le modalità e le procedure di monitoraggio finanziario di cui all'articolo 36 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114.

Si introducono significativi momenti di semplificazione ed accelerazione delle procedure.

In particolare, il **co. 2** dispone che la decisione sulla **qualificazione** di un'infrastruttura come strategica e di preminente interesse nazionale è adottata dal Consiglio dei Ministri, cui la proposta può essere rivolta dai Ministeri competenti, sentite le Regioni interessate o viceversa.

Il **co. 3** prevede l'inserimento nel Documento di Economia e Finanza (DEF) dell'elenco delle infrastrutture strategiche e di preminente interesse nazionale.

Ai sensi del **co. 4**, gli interventi così indicati sono automaticamente inseriti nelle intese istituzionali di programma e negli accordi di programma quadro.

Il **co. 5** si occupa dei termini procedurali, rinviando all'art. 38 del Codice.

Il **co. 6** dispone che il Consiglio superiore dei lavori pubblici, senza maggiori e nuovi oneri a carico della finanza pubblica, istituisce un comitato speciale per esaminare i progetti relativi agli interventi in oggetto.

Il **co. 7** disciplina la verifica preventiva dell'interesse archeologico.

Il **co. 8** dispone, in modo innovativo, che in presenza di dissensi qualificati *ex art. 14-quinquies, co. 1, L. 241/1990*, la procedura di cui ai commi 4, 5 e 6 del medesimo articolo può essere sostituita dall'adozione di un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e trasporti, previa deliberazione del CIPESS, integrato dai presidenti delle regioni o delle province autonome interessate, sentita la Conferenza unificata di cui all'**art. 8 D.Lgs. 281/1997**. Il predetto decreto approva il progetto di fattibilità tecnico-economica delle infrastrutture di cui al presente articolo e produce i medesimi effetti di cui all'**art. 38, co.10 del codice**.

Art. 40 – Dibattito pubblico

- 1. Salvi i casi di dibattito pubblico obbligatorio indicati nell'allegato I.6, la stazione appaltante o l'ente concedente può indire il dibattito pubblico, ove ne ravvisi l'opportunità in ragione della particolare rilevanza sociale dell'intervento e del suo impatto sull'ambiente e sul territorio, garantendone in ogni caso la celerità.*
- 2. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato I.6 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentiti il Ministro dell'ambiente e della sicurezza energetica e il Ministro della cultura, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.*
- 3. Il dibattito pubblico si apre con la pubblicazione sul sito istituzionale della stazione appaltante o dell'ente concedente di una relazione contenente il progetto dell'opera e l'analisi di fattibilità delle eventuali alternative progettuali.*
- 4. Le amministrazioni statali interessate alla realizzazione dell'intervento, le regioni e gli altri enti territoriali interessati dall'opera, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, che, in ragione degli scopi statutari, sono interessati dall'intervento, possono presentare osservazioni e proposte entro il termine di sessanta giorni dalla pubblicazione di cui al comma 3.*
- 5. Il dibattito pubblico si conclude, entro un termine compatibile con le esigenze di celerità, comunque non superiore a centoventi giorni dalla pubblicazione di cui al comma 3, con una relazione, redatta dal responsabile del dibattito pubblico e contenente una sintetica descrizione delle proposte e delle osservazioni pervenute, con l'eventuale indicazione di quelle ritenute meritevoli di accoglimento. La relazione conclusiva è pubblicata sul sito istituzionale della stazione appaltante o dell'ente concedente.*
- 6. Gli esiti del dibattito, ivi comprese eventuali proposte di variazione dell'intervento, sono valutati dalla stazione appaltante o dall'ente concedente ai fini dell'elaborazione del successivo livello di progettazione.*
- 7. Resta ferma la disciplina prevista da specifiche disposizioni di legge per il dibattito pubblico afferente agli interventi finanziati con le risorse del PNRR e del Piano nazionale per gli investimenti complementari al*

PNRR (PNC), di cui al decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° luglio 2021.

8. L'allegato I.6 disciplina: a) i casi in cui il dibattito pubblico è obbligatorio; b) le modalità di partecipazione e di svolgimento del dibattito pubblico; c) le modalità di individuazione e i compiti del responsabile del dibattito pubblico; d) gli eventuali contenuti ulteriori della relazione iniziale e di quella conclusiva del procedimento di dibattito pubblico.

Tale istituto non è direttamente previsto dalle direttive europee, salvo il richiamo nel **considerando 122 della direttiva 2014/24/UE**.

Come sottolineato nella **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato**, il dibattito pubblico è consolidato nella tradizione giuridica francese, mentre in Italia è stato introdotto per la prima volta dall'**art. 8 L.R. Toscana 39/2013** e, dopo l'entrata in vigore del previgente codice, dall'**art. 7 L.R. Puglia 84/2017**, i cui co. 2 e 5 sono stati dichiarati costituzionalmente illegittimi dalla sentenza della **Corte costituzionale 235/2018**, laddove si prevedeva che il dibattito pubblico regionale si svolgesse anche sulle opere nazionali.

L'**art. 22 D.Lgs. 50/2016**, infatti, aveva rimesso ad un D.P.C.M. la determinazione dei criteri per l'individuazione delle opere oggetto di dibattito pubblico: seguì il **D.P.C.M. 76/2018**.

Presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti è stata istituita la Commissione nazionale per il dibattito pubblico.

In attuazione dell'**art. 1, co. 2, lett. o) della legge delega 78/2022**, l'art. 40 del codice e l'**Allegato I.6** hanno recepito il previgente D.P.C.M. e **soppresso la Commissione** succitata: l'Allegato, in particolare, individua le opere soggette a pubblicazione, le esclusioni, il procedimento di indizione, i compiti e le funzioni del responsabile del dibattito e della stazione appaltante.

Il **co. 1** attribuisce alla stazione appaltante o all'ente concedente il potere di indire il dibattito pubblico oltre i casi di procedura obbligatoria, quando sia giustificato dalla particolare rilevanza sociale dell'intervento e dal suo impatto sull'ambiente e sul territorio.

Il **co. 2** prevede che l'**Allegato I.6** possa essere sostituito da un regolamento, con conseguente mutamento della fonte normativa.

Il **co. 3** disciplina l'indizione del dibattito pubblico: sul sito istituzionale della stazione appaltante o dell'ente concedente deve essere pubblicata una **relazione** contenente il progetto dell'opera e l'analisi di fattibilità delle possibili alternative progettuali.

I **co. 4-5** individuano i soggetti legittimati a partecipare al dibattito pubblico, i tempi e le modalità della procedura.

Il **co. 6** prescrive che l'ente competente a valutare gli esiti del dibattito pubblico sia la stazione appaltante o l'ente concedente.

Il **co. 7** dispone la salvaguardia delle disposizioni speciali sugli interventi finanziati dal **PNRR** o dal **PNC** di cui al **D.L. 59/2021**.

Il **co. 8** richiama l'**Allegato I.6**, mantenendo a livello normativo i contenuti base del medesimo, anche a fronte delle modifiche da apportare con apposito regolamento.

PARTE IV

DELLA PROGETTAZIONE

Art. 41 – Livelli e contenuti della progettazione

1. La progettazione in materia di lavori pubblici, si articola in due livelli di successivi approfondimenti tecnici: il progetto di fattibilità tecnico-economica e il progetto esecutivo.

Essa è volta ad assicurare:

- a) il soddisfacimento dei fabbisogni della collettività;*
- b) la conformità alle norme ambientali, urbanistiche e di tutela dei beni culturali e paesaggistici, nonché il rispetto di quanto previsto dalla normativa in materia di tutela della salute e della sicurezza delle costruzioni;*
- c) la rispondenza ai requisiti di qualità architettonica e tecnico-funzionale, nonché il rispetto dei tempi e dei costi previsti;*
- d) il rispetto di tutti i vincoli esistenti, con particolare riguardo a quelli idrogeologici, sismici, archeologici e forestali;*
- e) l'efficientamento energetico e la minimizzazione dell'impiego di risorse materiali non rinnovabili nell'intero ciclo di vita delle opere;*
- f) il rispetto dei principi della sostenibilità economica, territoriale, ambientale e sociale dell'intervento, anche per contrastare il consumo del suolo, incentivando il recupero, il riuso e la valorizzazione del patrimonio edilizio esistente e dei tessuti urbani;*
- g) la razionalizzazione delle attività di progettazione e delle connesse verifiche attraverso il progressivo uso di metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni di cui all'[articolo 43](#);*
- h) l'accessibilità e l'adattabilità secondo quanto previsto dalle disposizioni vigenti in materia di barriere architettoniche;*
- i) la compatibilità geologica e geomorfologica dell'opera.*

L'allegato I.7 definisce i contenuti dei due livelli di progettazione e stabilisce il contenuto minimo del quadro delle necessità e del documento di indirizzo della progettazione che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti devono predisporre. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato I.7 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

3. L'allegato I.7 stabilisce altresì le prescrizioni per la redazione del documento di indirizzo della progettazione da parte del RUP della stazione appaltante o dell'ente concedente. L'allegato I.7 indica anche i requisiti delle prestazioni che devono essere contenuti nel progetto di fattibilità tecnico-economica. In caso di adozione di metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni, il documento di indirizzo della progettazione contiene anche il capitolato informativo.

4. La verifica preventiva dell'interesse archeologico nei casi di cui all'articolo 28, comma 4, del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 e ai sensi della Convenzione europea per la protezione del patrimonio archeologico, firmata alla Valletta il 16 gennaio 1992 e ratificata ai sensi della legge 29 aprile 2015, n. 57, si svolge con le modalità procedurali di cui all'allegato I.8. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato I.8 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro della cultura, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice. Le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e di Bolzano disciplinano la procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico per le opere di loro competenza sulla base di quanto disposto dal predetto allegato.

5. La stazione appaltante o l'ente concedente, in funzione della specifica tipologia e dimensione dell'intervento, indica le caratteristiche, i requisiti e gli elaborati progettuali necessari per la definizione di ogni fase della relativa progettazione.

Per gli interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria può essere omesso il primo livello di progettazione a condizione che il progetto esecutivo contenga tutti gli elementi previsti per il livello omesso.

6. Il progetto di fattibilità tecnico-economica:

- a) individua, tra più soluzioni possibili, quella che esprime il rapporto migliore tra costi e benefici per la collettività in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare e alle prestazioni da fornire;
- b) contiene i necessari richiami all'eventuale uso di metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni;
- c) sviluppa, nel rispetto del quadro delle necessità, tutte le indagini e gli studi necessari per la definizione degli aspetti di cui al comma;
- d) individua le caratteristiche dimensionali, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori da realizzare, compresa la scelta in merito alla possibile suddivisione in lotti funzionali;
- e) consente, ove necessario, l'avvio della procedura espropriativa;
- f) contiene tutti gli elementi necessari per il rilascio delle autorizzazioni e approvazioni prescritte;
- g) contiene il piano preliminare di manutenzione dell'opera e delle sue parti.

7. Per le opere proposte in variante urbanistica di cui all'articolo 19 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327, il progetto di fattibilità tecnico-economica sostituisce il progetto preliminare e quello definitivo.

8. Il progetto esecutivo, in coerenza con il progetto di fattibilità tecnico-economica:

- a) sviluppa un livello di definizione degli elementi tale da individuarne compiutamente la funzione, i requisiti, la qualità e il prezzo di elenco;
- b) è corredato del piano di manutenzione dell'opera per l'intero ciclo di vita e determina in dettaglio i lavori da realizzare, il loro costo e i loro tempi di realizzazione;

c) se sono utilizzati metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni, sviluppa un livello di definizione degli oggetti rispondente a quanto specificato nel capitolato informativo a corredo del progetto;
d) di regola, è redatto dallo stesso soggetto che ha predisposto il progetto di fattibilità tecnico-economica.

Nel caso in cui motivate ragioni giustifichino l'affidamento disgiunto, il nuovo progettista accetta senza riserve l'attività progettuale svolta in precedenza.

9. In caso di affidamento esterno di entrambi i livelli di progettazione, l'avvio della progettazione esecutiva è condizionato alla determinazione delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti sul progetto di fattibilità tecnico-economica. In sede di verifica della coerenza tra le varie fasi della progettazione, si applica quanto previsto dall'articolo 42, comma 1.

10. Gli oneri della progettazione, delle indagini, delle ricerche e degli studi connessi, compresi quelli relativi al dibattito pubblico, nonché della direzione dei lavori, della vigilanza, dei collaudi, delle prove e dei controlli sui prodotti e materiali, della redazione dei piani di sicurezza e di coordinamento, delle prestazioni professionali e specialistiche, necessari per la redazione del progetto, gravano sulle disponibilità finanziarie della stazione appaltante o dell'ente concedente e sono inclusi nel quadro economico dell'intervento.

11. Le spese strumentali, dovute anche a sopralluoghi, riguardanti le attività di predisposizione del piano generale degli interventi del sistema accentrato delle manutenzioni, di cui all'articolo 12 del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, sono a carico delle risorse iscritte sui pertinenti capitoli dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze, trasferite all'Agenzia del demanio.

12. La progettazione di servizi e forniture è articolata in un unico livello ed è predisposta dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti mediante propri dipendenti in servizio. L'allegato I.7 definisce i contenuti minimi del progetto.

13. Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, il costo del lavoro è determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più affine a quello preso in considerazione. Per i contratti relativi a lavori, il costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni è determinato facendo riferimento ai prezzi correnti alla data dell'approvazione del progetto riportati nei prezzari predisposti dalle regioni e dalle province autonome o adottati dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti che, in base alla natura e all'oggetto dell'appalto, sono autorizzati a non applicare quelli regionali. I criteri di formazione ed aggiornamento dei prezzari regionali sono definiti nell'allegato I.14. In sede di prima applicazione del presente codice, l'allegato I.14 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici e dell'Istituto nazionale di statistica (ISTAT), nonché previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti fra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice. In mancanza di prezzari aggiornati, il costo è determinato facendo riferimento ai listini ufficiali o ai listini delle locali camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura oppure, in difetto, ai prezzi correnti di mercato in base al luogo di effettuazione degli interventi.

14. Nei contratti di lavori e servizi, per determinare l'importo posto a base di gara, la stazione appaltante o l'ente concedente individua nei documenti di gara i costi della manodopera secondo quanto previsto dal comma 13. I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale.

15. Nell'allegato I.13 sono stabilite le modalità di determinazione dei corrispettivi per le fasi progettuali da porre a base degli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura, commisurati al livello qualitativo delle prestazioni e delle attività relative alla progettazione di fattibilità tecnica ed economica ed esecutiva di lavori, al coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, alla direzione dei lavori, alla direzione di esecuzione, al coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, al collaudo, agli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla programmazione dei lavori pubblici. I predetti corrispettivi sono utilizzati dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti ai fini dell'individuazione dell'importo da porre a base di gara dell'affidamento. In sede di prima applicazione del presente codice, l'allegato I.13 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

Il criterio direttivo su cui si fonda la disposizione è espresso dall'art. 1, co. 2, lett. a) della legge delega 78/2022, in cui si sottolinea l'esigenza di semplificazione delle procedure relative alla fase di approvazione dei progetti di opere pubbliche e di ridefinizione dei livelli di progettazione.

L'art. 41 del realizza una significativa revisione della normativa previgente, con conseguente rinvio agli allegati per gli aspetti tecnici ed operativi.

Dal co. 1 al co. 11 si disciplina la progettazione dei lavori pubblici; il **co. 12** si sofferma sulla progettazione di servizi e forniture; i **co. 13-14** si occupano della determinazione del costo della manodopera, dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni, così come della determinazione dell'importo da porre a base di gara (per contratti di lavori, forniture e servizi).

Il **co. 1** riduce da tre a **due** i livelli di progettazione, in quanto è **abrogato il progetto definitivo**: (i) progetto di fattibilità tecnico-economica e (ii) progetto esecutivo.

Il **co. 2** individua nel cd. "**quadro esigenziale**" (v. art. 1 **Allegato I.7**) l'atto di congiunzione tra programmazione e progettazione, nel quale vengono indicati gli obiettivi generali da perseguire, i fabbisogni e le esigenze qualitative/quantitative del committente.

L'**art. 2 Allegato I.7**, invece, introduce il documento di fattibilità delle alternative progettuali, presupposto del documento di indirizzo della progettazione, previsto dall'**art. 3 dell'Allegato**.

Oltre alle disposizioni menzionate, questo allegato contiene la disciplina dei contenuti della progettazione nei suoi due diversi livelli, nonché della verifica della progettazione medesima, dando attuazione agli articoli da 41 a 44 del codice.

Si tratta di un **allegato fortemente innovativo** rispetto alla disciplina previgente, nella cui predisposizione si è tenuto conto delle norme del **d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207**, costituenti ancora la disciplina attuativa vigente su questi aspetti, ma anche di provvedimenti elaborati e mai entrati in vigore, quali lo schema di decreto ministeriale recante *“Definizione dei contenuti della progettazione nei tre livelli progettuali”* e lo schema di regolamento unico predisposto in attuazione dell’**art. 216, co. 27-octies, D.Lgs. n. 50/2016**, nonché del **d.m. 1 dicembre 2017, n. 560**, con il quale, ai sensi dell’**art. 23, co. 13 del codice vigente**, sono stati definiti i tempi e le modalità della progressiva, obbligatoria introduzione, da parte delle stazioni appaltanti, delle amministrazioni concedenti e degli operatori economici, nelle fasi di progettazione, costruzione e gestione delle opere e relative verifiche, dei metodi e strumenti elettronici specifici, quali quelli di modellazione per l’edilizia e le infrastrutture (c.d. “appalti BIM”).

Tra i **principali aspetti innovativi** introdotti dal nuovo codice, in relazione ai contenuti e alle modalità di elaborazione del progetto, ai quali l’allegato si conforma, vanno richiamati in particolare:

- a) la **semplificazione dei livelli di progettazione**, con la riduzione degli stessi a due, il progetto di fattibilità tecnico-economica (PFTE) e il progetto esecutivo;
- b) la **crescente valorizzazione dell’uso di tecnologie digitali** per l’attività di progettazione (articolo 43 del codice).

Per quanto riguarda la **verifica e la validazione del progetto**, le norme dell’allegato recepiscono le ulteriori novità introdotte dal nuovo codice, con la **tendenziale devoluzione** di tali attività alla stessa stazione appaltante, per tramite del RUP o delle proprie strutture tecniche e amministrative, e la perimetrazione a casi tipizzati della esternalizzazione di tali prestazioni tecniche.

Il **co. 2**, infine, derubrica il valore dell’Allegato che diviene norma di rango secondario, oggetto di abrogazione una volta approvato uno specifico decreto del MIT.

I livelli progettuali si completano con i **co. 6-7**: il primo definisce finalità e contenuto del progetto di fattibilità tecnico-economica, indicando i criteri di redazione e statuendo che l’approvazione del progetto legittima l’avvio della procedura espropriativa; il secondo, invece, prevede che, per le opere in variante urbanistica ex **art. 19 d.P.R. 327/2001**, il progetto di fattibilità tecnico-economica sostituisce il progetto preliminare e quello definitivo.

Il **co. 8** prevede che alla **redazione del progetto esecutivo** (con i contenuti qui indicati) provveda il medesimo soggetto che ha predisposto il progetto di fattibilità tecnico-economica: l’affidamento disgiunto non è di per sé vietato, ma richiede un onere motivazionale rafforzato, oltre all’accettazione da parte del nuovo progettista (senza riserve) dell’attività progettuale precedentemente svolta.

Il **co. 4**, in combinato disposto con l’**Allegato I.8**, disciplina la cd. *“archeologia preventiva”*, già prevista dall’art. 25 del previgente codice: anche in questo caso, l’Allegato è norma secondaria,

destinata ad essere sostituita da un decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici.

Sulla base della delegificazione operata dall'art. 41, comma 4, questo allegato riprende in larga parte i contenuti del vigente art. 25, D.Lgs. n. 50/2016, con alcune **significative modifiche**, e in particolare:

- a) sono **eliminati** i passaggi procedurali e gli istituti contemplati nell'art. 25, co. 4-7, rendendo la procedura più rapida e snella;
- b) il **termine di conclusione della verifica archeologica**, dapprima rimesso alla determinazione della competente Soprintendenza, oggi è **direttamente stabilito dalla norma**;
- c) **scompare** la previsione speciale di cui al co. 15 dell'attuale art. 22 a proposito degli interventi in aree di particolare interesse produttivo.

Il **co. 5 riduce i livelli di progettazione**, in quanto si rimette alle stazioni appaltanti o agli enti concedenti la definizione della tipologia, della dimensione, delle caratteristiche, dei requisiti e degli elaborati progettuali necessari per definire ogni fase della progettazione.

Il **co. 9** disciplina l'ipotesi in cui **entrambi i livelli di progettazione** siano oggetto di affidamento esterno: l'avvio della progettazione esecutiva dipende dalla determinazione di stazioni appaltanti o enti concedenti sul progetto di fattibilità tecnico-economica e si applica l'art. 42, co. 1 del codice.

Se il **co. 10** grava le stazioni appaltanti o enti concedenti degli **oneri di progettazione e delle attività correlate**, il **co. 11** replica quanto espresso dall'**art. 23, co. 11-ter D.Lgs. 50/2016** in merito all'allocazione delle spese strumentali sui capitoli dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze, trasferite all'Agenzia del demanio.

Il **co. 12** riconferma l'**art. 23, co. 14 D.Lgs. 50/2016** sull'articolazione della progettazione di forniture e servizi, rinviando all'Allegato I.7.

I **co. 13-14** disciplinano la determinazione dei costi della manodopera, dei prodotti, delle attrezzature, delle lavorazioni, oltreché dell'importo da porre a base di gara: nello specifico, l'art. 13 rinvia all'**Allegato I.14**, suscettibile di abrogazione da parte di un decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici e dell'ISTAT, nonché previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni. Quanto all'innovativo **onere di scorporo dei costi della manodopera dall'importo assoggettato al ribasso** (ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale), al fine di facilitare le operazioni di valutazione della componente economica dell'offerta, l'ANAC ritiene più agevole applicare il ribasso ad un importo totale comprensivo dei costi di manodopera, ribadendo che questi ultimi non sono soggetti a ribasso (cfr. **Nota illustrativa al Bando tipo n. 1/2023**).

Da ultimo, il **co. 15** introduce i parametri per la determinazione dei corrispettivi per le gare di progettazione, con rinvio all'**Allegato I.13**: quest'ultimo assumerà valore regolamentare, potendo

essere modificato o abrogato con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti.

Art. 42 – Verifica della progettazione

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

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

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

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

5. L'allegato I.7 indica i contenuti e le modalità delle attività di verifica, nonché i soggetti che vi provvedono. Gli oneri conseguenti all'accertamento della rispondenza agli elaborati progettuali sono ricompresi nelle risorse stanziare per la realizzazione delle opere.

La disposizione disciplina le modalità di espletamento ed individua i profili oggetto della verifica della progettazione dei lavori pubblici.

Il **co. 1** prevede che ogni progetto di opera pubblica sia sottoposto ad una **verifica correlata** ai contenuti del documento d'indirizzo progettuale ed alle disposizioni applicabili.

Tale verifica si svolge durante lo sviluppo della progettazione durante i suoi vari livelli, culminando, prima dell'inizio dei lavori, nella verifica del progetto esecutivo: già prevista nell'**abrogato d.P.R. n.**

207/2010, la disciplina è oggi maggiormente valorizzata, in quanto contenuta in una fonte di rango primario.

In caso di **appalto integrato**, si precisa che oggetto della verifica sono **entrambi i livelli di progettazione**: il progetto di fattibilità tecnico-economica e quello esecutivo.

Il co. 2, invece, disciplina la dimensione soggettiva, prevedendo che sia il RUP a svolgere personalmente le attività di verifica o a seguirne lo sviluppo parallelamente alla progettazione, nel rispetto del contraddittorio tra il verificatore ed il progettista.

La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** ha sottolineato che nel co. 3 è stato ripreso il tema della semplificazione amministrativa in merito al rapporto tra attività di verifica del progetto ed ottenimento delle autorizzazioni amministrative.

In ossequio all'**art. 44 D.L. 77/2021**, l'attività di verifica comprende anche l'ottemperanza alle prescrizioni impartite dagli enti competenti nel corso della conferenza di servizi antecedente all'avvio della fase di affidamento, a garanzia della possibilità di dare corso all'esecuzione dei lavori senza dover ottenere ulteriori approvazioni o autorizzazioni.

Con riguardo al **d.P.R. n. 380/2001**, il **co. 3** prevede che la conformità alle norme tecniche, da accertare in sede di verifica del progetto, assolve anche agli obblighi di deposito ed autorizzazione per le costruzioni in zona sismica, integrando anche denuncia dei lavori all'ufficio del genio civile.

Il **co. 4**, invece, disciplina l'atto finale, ovvero il **cd. "atto di validazione del progetto"**: si tratta dell'atto formale sottoscritto dal responsabile del relativo procedimento e deve essere indicato nel bando o nella lettera d'invito: si devono indicare gli esiti della verifica, il rapporto conclusivo del verificatore e le eventuali controdeduzioni del progettista.

Il **co. 5**, da ultimo, rinviando all'**Allegato I.7** disciplina le modalità di verifica ed i rispettivi contenuti, nonché i soggetti che vi provvedono: sotto il profilo contabile-finanziario, si dispone che gli oneri conseguenti all'accertamento della rispondenza agli elaborati progettuali devono essere ricompresi nelle risorse stanziare per la realizzazione delle opere.

Art. 43 – Metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni

1. A decorrere dal 1° gennaio 2025, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni per la progettazione e la realizzazione di opere di nuova costruzione e per gli interventi su costruzioni esistenti per importo a base di gara superiore a 1 milione di euro. La disposizione di cui al primo periodo non si applica agli interventi di ordinaria e straordinaria manutenzione, a meno che essi non riguardino opere precedentemente eseguite con l'uso dei suddetti metodi e strumenti di gestione informativa digitale.

2. Anche al di fuori dei casi di cui al comma 1 e in conformità con i principi di cui all'articolo 19, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono adottare metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni, eventualmente prevedendo nella documentazione di gara un punteggio premiale relativo alle modalità d'uso di tali metodi e strumenti. Tale facoltà è subordinata all'adozione delle misure stabilite nell'allegato I.9.

3. Gli strumenti indicati ai commi 1 e 2 utilizzano piattaforme interoperabili a mezzo di formati aperti non proprietari al fine di non limitare la concorrenza tra i fornitori di tecnologie e il coinvolgimento di specifiche progettualità tra i progettisti, nonché di consentire il trasferimento dei dati tra pubbliche amministrazioni e operatori economici partecipanti alla procedura aggiudicatari o incaricati dell'esecuzione del contratto.

4. Nell'allegato I.9 sono definiti:

- a) le misure relative alla formazione del personale, agli strumenti e alla organizzazione necessaria;
- b) i criteri per garantire uniformità di utilizzazione dei metodi e strumenti digitali per la gestione dell'informazione;
- c) le misure necessarie per l'attuazione dei processi di gestione dell'informazione supportata dalla modellazione informativa, ivi compresa la previsione dell'interoperabilità dell'anagrafe patrimoniale di ciascuna stazione appaltante o ente concedente con l'archivio informatico nazionale delle opere pubbliche;
- d) le modalità di scambio e interoperabilità dei dati e delle informazioni;
- e) le specifiche tecniche nazionali ed internazionali applicabili;
- f) il contenuto minimo del capitolato informativo per l'uso dei metodi e degli strumenti di gestione informativa digitale.

5. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato I.9 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

L'articolo e l'**Allegato I. 9** attuano i principi ed i criteri dell'art. 1 della legge delega n. 78/2022, tesi a favorire, attraverso l'uso di metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni, il miglior esito dell'investimento pubblico.

Il **sistema BIM** (*Building Information Modelling*) era già stato introdotto dall'**art. 23, co. 13 D.Lgs. 50/2016**, in attuazione dei **cd. Decreti BIM (1 dicembre 2017, n. 560 e 2 agosto 2021, n. 312)**.

La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** ha evidenziato come si tratti di un forte impulso al raggiungimento di un'adeguata maturità digitale delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti, in un'ottica di complessiva funzionalizzazione dell'amministrazione e della capacità di gestione del singolo investimento pubblico.

L'**Allegato I.9** si fonda sull'integrazione con altri sistemi di gestione preesistenti, quali il sistema di controllo di gestione ed il sistema di gestione per la qualità, la salute e sicurezza, per l'ambiente, la responsabilità sociale e la sicurezza dei dati.

Il **co. 1** individua i casi in cui l'uso dei metodi e strumenti di gestione informativa digitale è obbligatorio; la data di entrata in vigore del suddetto obbligo è individuata nel **1 gennaio 2025**, in sostituzione dei tempi *ex art. 6 d.m. 560/2017*.

Sempre la **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** ha sottolineato il mancato richiamo all'uso delle metodologie di modellazione informativa quale parametro di valutazione dei requisiti premiali per la qualificazione delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti, così da evitare duplicazioni con la disciplina settoriale.

Non è prevista alcuna disposizione transitoria.

Di rilievo è il richiamo all'importo a base di gara superiore ad un milione di euro come soglia per l'operatività dell'obbligo: la continuità con la normativa previgente risponde all'esigenza di evitare un arretramento rispetto alle finalità perseguite.

Il **co. 1** esclude dall'ambito applicativo gli interventi di ordinaria e straordinaria amministrazione, a meno che non riguardino opere già eseguite avvalendosi dei mezzi di gestione informativa digitale, in ciò ricalcando l'**art. 48, co. 6 D.L. 77/2021**.

L'uso facoltativo di metodi e strumenti di gestione informativa digitale sono comunque subordinati all'adozione delle misure di cui all'**Allegato I.9** ed al rispetto dell'**art. 19 del codice**.

Il **co. 3** ammette l'uso di piattaforme interoperabili per evitare di incidere negativamente sulla concorrenza, favorendo così la condivisione di dati tra amministrazioni ed operatori economici partecipanti alla gara, aggiudicatari o incaricati dell'esecuzione del contratto.

I **co. 4-5** rinviano all'Allegato I.9, modificabile da un futuro decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti.

La rilevanza di tale Allegato risiede nel fatto che lo stesso integra l'**art. 43**, in quanto contiene la disciplina attuativa in materia di piattaforme informatiche interoperabili, misure organizzative e di formazione del personale e progettazione digitale: si aggiornano e superano le disposizioni dei Decreti BIM.

Art. 44 – Appalto integrato

1. Negli appalti di lavori, con la decisione di contrarre, la stazione appaltante o l'ente concedente, se qualificati, può stabilire che il contratto abbia per oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori sulla base di un progetto di fattibilità tecnico-economica approvato. Tale facoltà non può essere esercitata per gli appalti di opere di manutenzione ordinaria.

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

3. Quando il contratto è affidato ai sensi del comma 1, gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, oppure avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione. La qualificazione per la progettazione comprende anche l'uso di metodi e strumenti digitali per la gestione informativa mediante modellazione.
4. L'offerta è valutata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. L'offerta indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione e per l'esecuzione dei lavori.
5. L'esecuzione dei lavori può iniziare solo dopo l'approvazione, da parte della stazione appaltante, del progetto esecutivo, il cui esame è condotto ai sensi dell'[articolo 42](#).
6. Nei casi in cui l'operatore economico si avvalga di uno o più soggetti qualificati alla redazione del progetto, la stazione appaltante indica nei documenti di gara le modalità per la corresponsione diretta al progettista degli oneri relativi alla progettazione esecutiva indicati in sede di offerta, al netto del ribasso d'asta, previa approvazione del progetto e previa presentazione dei documenti fiscali del progettista.

Si tratta di una delle principali novità del codice, in piena attuazione del principio del risultato.

Per appalto integrato si intende il contratto pubblico avente ad oggetto non solo l'esecuzione dei lavori di realizzazione di un'opera, ma anche la progettazione esecutiva da parte del medesimo contraente privato.

L'**art. 59, co. 1 D.Lgs. 50/2016** stabiliva un divieto generale di appalto integrato, salvo gli affidamenti a contraente generale, con finanza di progetto, in concessione, in partenariato pubblico-privato, con contratto di disponibilità o locazione finanziaria e nei casi di realizzazione di opere di urbanizzazione a scomputo.

In realtà, già il **D.Lgs. 56/2017** aveva aggiunto all'art. 59 del previgente codice il co. 1-bis, che ampliava le ipotesi di utilizzabilità dello strumento in oggetto, consentendone l'ammissibilità qualora l'elemento tecnologico o innovativo delle opere da realizzare fosse *"nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo"*.

Il divieto è stato sospeso fino al 30/06/2023 dall'art. 1, co. 1, lett. b) L. 55/2019, modificato dall'art. 8, co.7 D.L. 76/2020 e convertito in L. 120/2020, così come dall'art. 52, co. 1, lett. a) L. 108/2021.

Inoltre, per gli appalti in materia di **PNRR e PNC**, l'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione è stato ammesso dall'**art. 48, co. 5 D.L. 77/2021, convertito in L. 108/2021**.

In attuazione dell'art. 1, co. 2, lett. ee) della legge delega 78/2022, l'art. 44, co. 1 ammette l'appalto integrato, rimettendo alla stazione appaltante o all'ente concedente, se qualificato, il potere di stabilire che il contratto abbia per oggetto tanto la progettazione esecutiva quanto l'esecuzione dei lavori sulla base di un progetto di fattibilità tecnico-economica, previamente approvato.

Il **co. 2** prevede che la scelta di indire una gara per l'affidamento di un appalto integrato debba essere **debitamente motivata**, tenendo conto del rischio di eventuali scostamenti di costo in sede di esecuzione rispetto a quanto dedotto nel contratto.

Nella determinazione a contrarre, pertanto, si devono esplicitare le **esigenze tecniche** legittimanti tale opzione.

Il **co. 3** disciplina i **requisiti** che devono possedere i concorrenti per accedere alle procedure di affidamento di appalti integrati: si richiede un principio di particolare specializzazione professionale, tale per cui gli operatori devono possedere, oltre ai requisiti del costruttore, anche quelli prescritti per i progettisti o, in mancanza, debbono avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta (cd. "progettisti indicati"). In alternativa, è possibile partecipare in RTI con soggetti qualificati per la progettazione.

Quale profilo innovativo, si prevede anche che la qualificazione per la progettazione comprenda anche il ricorso a metodi e strumenti digitali per la gestione informativa mediante modellazione.

Il **co. 4** prevede quale criterio di aggiudicazione **la sola offerta economicamente più vantaggiosa**, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, con **indicazione separata del corrispettivo** per la progettazione e per l'esecuzione dei lavori.

In linea con gli **artt. 41-42** del codice, il **co. 5** dispone che l'esecuzione dei lavori debba essere avviata solo dopo l'approvazione, da parte della stazione appaltante, del progetto esecutivo per evitare che la verifica della progettazione comporti rallentamenti o blocchi della procedura.

Il **co. 6** statuisce che, **in caso di esternalizzazione**, la stazione appaltante deve indicare nei documenti di gara le modalità per la corresponsione diretta al progettista degli oneri relativi alla progettazione esecutiva, al netto del ribasso d'asta, una volta approvato il progetto e presentati i documenti fiscali del progettista: si traspone, di fatto, l'**art. 59, co. 1-quater D.Lgs. 50/2016**.

Art. 45 – Incentivi alle funzioni tecniche

1. Gli oneri relativi alle attività tecniche indicate nell'allegato I.10 sono a carico degli stanziamenti previsti per le singole procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato I.10 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

2. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti destinano risorse finanziarie per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti specificate nell'allegato I.10 e per le finalità indicate al comma 5, a valere sugli stanziamenti di cui al comma 1, in misura non superiore al 2 per cento dell'importo dei lavori, dei servizi e delle forniture, posto a base delle procedure di affidamento. Il presente comma si applica anche agli appalti relativi a servizi o forniture nel caso in cui è nominato il direttore dell'esecuzione. È fatta salva, ai fini dell'esclusione dall'obbligo di

destinazione delle risorse di cui al presente comma, la facoltà delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti di prevedere una modalità diversa di retribuzione delle funzioni tecniche svolte dai propri dipendenti.

3. L'80 per cento delle risorse di cui al comma 2, è ripartito, per ogni opera, lavoro, servizio e fornitura, tra il RUP e i soggetti che svolgono le funzioni tecniche indicate al comma 2, nonché tra i loro collaboratori. Gli importi sono comprensivi anche degli oneri previdenziali e assistenziali a carico dell'amministrazione. I criteri del relativo riparto, nonché quelli di corrispondente riduzione delle risorse finanziarie connesse alla singola opera o lavoro, a fronte di eventuali incrementi ingiustificati dei tempi o dei costi previsti dal quadro economico del progetto esecutivo, sono stabiliti dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti, secondo i rispettivi ordinamenti, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del codice.

4. L'incentivo di cui al comma 3 è corrisposto dal dirigente, dal responsabile di servizio preposto alla struttura competente o da altro dirigente incaricato dalla singola amministrazione, sentito il RUP, che accerta e attesta le specifiche funzioni tecniche svolte dal dipendente. L'incentivo complessivamente maturato dal dipendente nel corso dell'anno di competenza, anche per attività svolte per conto di altre amministrazioni, non può superare il trattamento economico complessivo annuo lordo percepito dal dipendente. L'incentivo eccedente, non corrisposto, incrementa le risorse di cui al comma 5. Per le amministrazioni che adottano i metodi e gli strumenti digitali per la gestione informativa dell'appalto il limite di cui al secondo periodo è aumentato del 15 per cento. Incrementa altresì le risorse di cui al comma 5 la parte di incentivo che corrisponde a prestazioni non svolte dai dipendenti, perché affidate a personale esterno all'amministrazione medesima oppure perché prive dell'attestazione del dirigente. Le disposizioni del comma 3 e del presente comma non si applicano al personale con qualifica dirigenziale.

5. Il 20 per cento delle risorse finanziarie di cui al comma 2, escluse le risorse che derivano da finanziamenti europei o da altri finanziamenti a destinazione vincolata, incrementato delle quote parti dell'incentivo corrispondenti a prestazioni non svolte o prive dell'attestazione del dirigente, oppure non corrisposto per le ragioni di cui al comma 4, secondo periodo, è destinato ai fini di cui ai commi 6 e 7.

6. Con le risorse di cui al comma 5 l'ente acquista beni e tecnologie funzionali a progetti di innovazione, anche per incentivare: a) la modellazione elettronica informativa per l'edilizia e le infrastrutture; b) l'implementazione delle banche dati per il controllo e il miglioramento della capacità di spesa; c) l'efficientamento informatico, con particolare riferimento alle metodologie e strumentazioni elettroniche per i controlli.

7. Una parte delle risorse di cui al comma 5 è in ogni caso utilizzata:

a) per attività di formazione per l'incremento delle competenze digitali dei dipendenti nella realizzazione degli interventi;

b) per la specializzazione del personale che svolge funzioni tecniche;

c) per la copertura degli oneri di assicurazione obbligatoria del personale.

8. Le amministrazioni e gli enti che costituiscono o si avvalgono di una centrale di committenza possono destinare, anche su richiesta di quest'ultima, le risorse finanziarie di cui al comma 2 o parte di esse ai dipendenti di tale centrale in relazione alle funzioni tecniche svolte. Le somme così destinate non possono comunque eccedere il 25 per cento dell'incentivo di cui al comma 2.

Nel disciplinare gli incentivi per funzioni tecniche, l'art. 45 rinvia all'**Allegato I.10** per l'elenco delle attività da incentivare.

Sia pur semplificando la normativa *ex art. 113 D.Lgs. 50/2016*, l'articolo reca anche una disciplina di dettaglio.

La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** individua la *ratio* nella finalità di prevenire dubbi e difficoltà, da parte della P.A., in sede applicativa, soprattutto con riguardo alla responsabilità amministrativa connessa all'erogazione di incentivi non dovuti.

Lo scopo è, pertanto, quello di **incrementare la professionalità interna** alle amministrazioni ed il **risparmio di spesa** per mancato ricorso a professionisti esterni.

Art. 46 – Concorsi di progettazione

1. *Ai concorsi di progettazione si applica la disciplina del Capo II della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 e, per i settori speciali, la disciplina del Capo II della direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014.*

2. *Il concorso di progettazione relativo al settore dei lavori pubblici si svolge di regola in una sola fase e ha ad oggetto progetti o piani con livello di approfondimento corrispondente al progetto di fattibilità tecnica ed economica. Con adeguata motivazione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono bandire un concorso in due fasi. Nella prima fase sono selezionate le proposte ideative. Nella seconda fase è elaborato un progetto di fattibilità tecnica ed economica delle proposte selezionate. Qualora il concorso di progettazione riguardi un intervento da affidare in concessione, la proposta ideativa contiene anche la redazione di uno studio economico finanziario per la sua costruzione e gestione.*

3. *Con il pagamento del premio le stazioni appaltanti e gli enti concedenti acquistano la proprietà del progetto vincitore. Il bando del concorso può prevedere che il progetto esecutivo sia affidato con procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando o, nei settori speciali, senza indizione di gara al vincitore o ai vincitori del concorso di progettazione, se in possesso dei requisiti previsti dal bando. In tali casi, nel computo della soglia di rilevanza europea, è calcolato il valore complessivo dei premi e pagamenti, compreso il valore stimato al netto dell'IVA dell'appalto pubblico di servizi che potrebbe essere successivamente aggiudicato con la procedura di cui al comma 2.*

4. *Le disposizioni del presente articolo si applicano anche ai concorsi di idee finalizzati all'acquisizione di una proposta ideativa da remunerare con il riconoscimento di un congruo premio. A tali concorsi possono partecipare, oltre ai soggetti ammessi ai concorsi di progettazione, anche i lavoratori subordinati abilitati all'esercizio della professione e iscritti all'ordine professionale secondo l'ordinamento nazionale di appartenenza, con esclusione dei dipendenti della stazione appaltante o dell'ente concedente che bandisce il concorso. L'idea o le idee premiate sono acquisite in proprietà dalla stazione appaltante o ente concedente, previa eventuale definizione degli assetti tecnici, e possono essere poste a base di un concorso di progettazione o di un appalto di servizi di progettazione, a cui possono partecipare i premiati qualora in possesso dei relativi requisiti soggettivi.*

Per concorsi di progettazione si intendono quelle procedure intese a fornire alle stazioni appaltanti un progetto o un piano, previa selezione da parte di una commissione giudicatrice all'esito di una gara, con o senza assegnazione di premi.

La nuova disciplina sintetizza quanto già previsto dagli **artt. 152 s.s. D.Lgs. 50/2016**.

Il **co. 1**, da leggere in combinato disposto con l'art. 1, co. 2, lett. a) della legge delega n. 78/2022, attua le **direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE**.

I commi successivi, invece, introducono una disciplina aggiuntiva rispetto a quella delle direttive.

Il **co.2**, infatti, prevede che il concorso di progettazione possa svolgersi in **una o due fasi**: nel primo caso, il concorso è finalizzato all'acquisizione di un progetto di fattibilità tecnico-economica; nel secondo (soluzione facoltativa e da motivare adeguatamente) la prima fase è volta a selezionare le migliori proposte ideative, mentre la seconda (svolta tra i candidati selezionati all'esito della prima) è finalizzata all'acquisizione del progetto medesimo.

Il **co. 3** dispone che, in caso di previsione di **premi o versamenti** a favore dei partecipanti al concorso di progettazione, il pagamento del premio determina il trasferimento della proprietà del progetto dal vincitore alla stazione appaltante o all'ente concedente.

Al vincitore del concorso possono essere affidati i livelli successivi di progettazione, mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando o, **nei settori speciali, senza indizione di gara**, purché tale facoltà sia stata prevista nel bando, quale **autovincolo amministrativo**.

Il **co. 4** definisce la platea dei soggetti ammessi a partecipare ai concorsi di progettazione e si prevede che le idee acquisite in proprietà possono essere poste a base di un concorso di progettazione o di un appalto di servizi di progettazione, cui possono partecipare i premiati in possesso dei richiesti requisiti soggettivi.

Art. 47 – Consiglio superiore dei lavori pubblici

1. Il Consiglio superiore dei lavori pubblici è il massimo organo tecnico consultivo dello Stato; opera con indipendenza di giudizio e di valutazione ed è dotato di piena autonomia funzionale e organizzativa.

2. Il Consiglio superiore dei lavori pubblici è presieduto dal Presidente ed è costituito dall'Assemblea generale, da quattro Sezioni, dalla Segreteria generale, dal Servizio tecnico centrale e dall'Osservatorio del collegio consultivo tecnico.

3. Il Consiglio superiore dei lavori pubblici, nell'ambito dei compiti attribuiti allo Stato e nel rispetto delle prerogative delle regioni, delle province autonome, delle province, delle città metropolitane e dei comuni, esercita funzioni consultive ed esprime pareri obbligatori esclusivamente sui progetti di fattibilità tecnica ed economica di competenza statale, dei concessionari statali e sulle altre opere finanziate per almeno il 50 per cento dallo Stato e pareri facoltativi sui documenti di fattibilità delle alternative progettuali inseriti nei documenti pluriennali di programmazione dei ministeri competenti. I pareri di cui al primo periodo sono resi

se il costo complessivo dell'opera, come derivante dal quadro economico, è superiore a 200 milioni di euro, nel caso di infrastrutture lineari, o a 50 milioni di euro, negli altri casi. I Comitati tecnici amministrativi presso i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche esprimono parere obbligatorio esclusivamente sui progetti di fattibilità tecnico-economica di opere di competenza statale, dei concessionari statali e delle altre opere finanziate per almeno il 50 per cento dallo Stato se il costo complessivo dell'opera, come derivante dal quadro economico, è superiore a 25 milioni di euro e inferiore a 200 milioni di euro, nel caso di infrastrutture lineari, oppure è superiore a 25 milioni di euro e inferiore a 50 milioni di euro, negli altri casi. Non è obbligatorio il parere sui progetti di fattibilità tecnico-economica di opere di competenza statale, dei concessionari statali e delle altre opere finanziate per almeno il 50 per cento dallo Stato se il costo complessivo dell'opera, come derivante dal quadro economico, è inferiore a 25 milioni di euro.

4. Le ulteriori competenze, l'organizzazione del Consiglio superiore dei lavori pubblici, le regole di funzionamento, nonché le ulteriori attribuzioni sono stabilite e disciplinate nell'allegato I.11. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato I.11 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

5. Il Consiglio superiore dei lavori pubblici esprime il parere entro quarantacinque giorni dalla trasmissione del progetto. Decorso tale termine, il parere si intende reso in senso favorevole.

Da leggere in combinato disposto con l'**Allegato I.11**, si riprende, sia pur con molte modifiche, l'**art. 215 del previgente codice**.

Sebbene sia singolare la scelta di normare il Consiglio superiore dei lavori pubblici nel Libro I, Parte IV del Codice, dedicata alla progettazione, anziché nel Libro V, Parte II sulla *governance*, la ragione sembrerebbe quella di concentrare l'attenzione sulle funzioni consultive del Consiglio.

L'art. 47 realizza una radicale semplificazione rispetto alla disciplina previgente.

I **co. 1-2** definiscono la **natura giuridica del Consiglio superiore dei lavori pubblici**, quale massimo organo tecnico consultivo dello Stato in materia di lavori pubblici, operante con indipendenza di giudizio e di valutazione, in quanto dotato di piena autonomia funzionale ed organizzativa.

Se il **co. 3** individua l'**ambito di competenza pareristica** del Consiglio, il **co. 5** fissa un **termine massimo di 45 giorni** dalla trasmissione del progetto per esprimere il proprio parere, con la regola del silenzio-assenso in caso di decorso infruttuoso del termine.

Il parere è **obbligatorio** se vertente su un progetto di fattibilità tecnico-economica di competenza statale, dei concessionari statali e sulle altre opere finanziate per almeno il 50% dallo Stato ed il cui valore sia superiore a 200 milioni di euro nei casi di infrastrutture lineari o di 50 milioni di euro in tutti gli altri casi; è, invece, **facoltativo** se relativo a documenti di fattibilità delle alternative progettuali inseriti nei documenti pluriennali di programmazione dei ministeri competenti.

Sempre il **co. 3** precisa, inoltre, che i **Comitati tecnici amministrativi presso i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche** esprimono **parere obbligatorio esclusivamente** sui progetti

di fattibilità tecnico-economica di opere di competenza statale, qualora il costo complessivo dell'opera sia superiore a 25 milioni di euro ed inferiore a 200 milioni di euro per le infrastrutture lineari, ovvero superiore a 25 milioni di euro ed inferiore a 50 milioni di euro in tutti gli altri casi.

In caso di opere di **importo inferiore a 25 milioni di euro**, invece, il parere **non è obbligatorio**.

Nell'**Allegato I.11**, riprendendo il **d.P.R. n. 204/2006**, si disciplinano l'organizzazione, le competenze ed il funzionamento della Sezione speciale del Consiglio superiore istituita, per gli interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse del **PNRR** e del **PNC**, dall'**art. 45 D.L. 77/2021**.

LIBRO SECONDO

DELL'APPALTO

PARTE I

DEI CONTRATTI DI IMPORTO INFERIORE ALLE SOGLIE EUROPEE

Art. 48 – Disciplina comune applicabile ai contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea

1. *L'affidamento e l'esecuzione dei contratti aventi per oggetto lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si svolgono nel rispetto dei principi di cui al Libro I, Parti I e II.*
2. *Quando per uno dei contratti di cui al comma 1 la stazione appaltante accerta l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, segue le procedure ordinarie di cui alle Parti seguenti del presente Libro.*
3. *Restano fermi gli obblighi di utilizzo degli strumenti di acquisto e di negoziazione previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa.*
4. *Ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si applicano, se non derogate dalla presente Parte, le disposizioni del codice.*

Si introduce la disciplina dei cd. *“contratti sottosoglia”*.

Se nel D.Lgs. 50/2016 le previsioni normative in oggetto erano sparse nel codice, qui si ha una *reductio ad unitatem*.

L'art. 48 del codice è una disposizione di carattere generale, la quale introduce dei principi comuni applicabili ai contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, così attuando l'art. 1, co. 2, lett. e) della legge delega n. 78/2022.

A differenza del previgente codice, si riconducono l'affidamento e l'esecuzione dei contratti sottosoglia ai principi comuni che riguardano tutti gli affidamenti delle stazioni appaltanti, a prescindere dal loro importo: tali principi sono quelli dedotti nel Libro I, Parti I e II della novella legislativa.

In termini innovativi, si prevede un **regime giuridico differenziale** per gli affidamenti di importo inferiore alle soglie europee nel caso in cui la stazione appaltante accerti la sussistenza di un **interesse transfrontaliero**.

L'art. 97, co. 8 D.Lgs. 50/2016 prevedeva l'esclusione automatica delle offerte anomale nei contratti sottosoglia, aggiudicati al prezzo più basso, purché non presentassero un interesse transfrontaliero. Anche le **Linee Guida ANAC n. 4** avevano inserito una previsione di portata più generale,

stabilendo che “per l’affidamento di appalti e concessioni di interesse transfrontaliero certo le stazioni appaltanti adottano le procedure di aggiudicazione adeguate e utilizzano mezzi di pubblicità atti a garantire in maniera effettiva ed efficace l’apertura del mercato alle imprese estere”.

Ciò premesso, la nuova normativa è frutto del recepimento della giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea, secondo cui gli appalti di valore inferiore alle soglie UE, pur non soggetti alle norme specifiche delle direttive sugli appalti pubblici, devono essere aggiudicati in modo trasparente e competitivo, in presenza di un interesse transfrontaliero certo.

Il **co. 2** supera così le criticità espresse dalla Commissione europea nella **lettera di messa in mora** dell’Italia del 6 aprile 2022 che, al **punto 2.3**, si pronunciò sui **D.L. 76/2020** e **77/2021**, ritenuti incompatibili con il diritto unionale là dove non obbligavano la stazione appaltante a valutare se vi ricorresse o meno un interesse transfrontaliero certo.

Pertanto, allorché vi sia tale interesse, l’affidamento dei contratti sottosoglia è soggetto alle procedure ordinarie proprie del soprasoglia, così da sollevare la stazione appaltante dall’onere di individuare la disciplina applicabile a tale categoria di contratti.

Anche per i contratti sottosoglia, però, si applica il principio del buon uso del denaro pubblico, rinviando alle altre disposizioni del codice non espressamente derogate dal Libro II, Parte I.

Art. 49 – Principio di rotazione degli affidamenti

1. *Gli affidamenti di cui alla presente Parte avvengono nel rispetto del principio di rotazione.*
2. *In applicazione del principio di rotazione è vietato l’affidamento o l’aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi.*
3. *La stazione appaltante può ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico. In tale caso il divieto di affidamento o di aggiudicazione si applica con riferimento a ciascuna fascia, fatto salvo quanto previsto dai commi 4, 5 e 6.*
4. *In casi motivati con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto, il contraente uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto.*
5. *Per i contratti affidati con le procedure di cui all’articolo 50, comma 1, lettere c), d) ed e), le stazioni appaltanti non applicano il principio di rotazione quando l’indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata.*
6. *È comunque consentito derogare all’applicazione del principio di rotazione per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro.*

Il principio di rotazione era già previsto dall’**art. 36 D.Lgs. 50/2016**, che imponeva il “rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti”.

Nelle **Linee Guida ANAC n. 4**, ai punti 3.6 e 3.7, era contenuta la disciplina di dettaglio.

L'art. 49 del codice mantiene la vigenza del principio in attuazione dell'art. 1, co. 2, lett. e) della legge delega n. 78/2022.

In adesione alle Linee Guida ANAC n. 4, l'art. 49 del codice tipizza le specifiche attuative della rotazione tra gli operatori: il rispetto del principio di rotazione è, infatti, imposto fin dalla fase degli inviti, al fine di evitare che il gestore uscente possa prevalere con facilità sugli altri operatori economici (Consiglio di Stato, sez. V, 12 giugno 2019, n. 3943).

Il **co. 2** prevede l'applicazione del richiamato principio all'affidamento immediatamente precedente nei casi in cui **due affidamenti consecutivi** abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello **stesso settore merceologico**, ovvero nella **stessa categoria di opere** o nello **stesso settore di servizi**.

Considerato che il principio di rotazione importa il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto nei confronti del contraente uscente, la rotazione si ha solo a carico di chi abbia conseguito la precedente aggiudicazione, essendo **esclusi** da tale divieto coloro che erano stati solamente **invitati** alla precedente procedura negoziata, senza aver conseguito l'aggiudicazione.

La rotazione a carico del mero invitato, infatti, non sarebbe conforme al principio concorrenziale, la cui contrazione, nel caso di specie, non sarebbe giustificata da alcuna necessità di contenere asimmetrie informative a carico del precedente aggiudicatario.

Il **co. 3** dispone, poi, che la stazione appaltante, con provvedimento espresso, possa ripartire gli affidamenti in **fasce** in base al valore economico, applicandosi la rotazione con riferimento a ciascuna fascia: si contrasta la tentazione di eludere il principio di rotazione, ricorrendo al frazionamento dell'affidamento.

Il **co. 4**, invece, prevede che, **in casi debitamente motivati**, con riferimento alla **particolare struttura del mercato** ed alla riscontrata ed effettiva assenza di alternative, nonché di **accurata esecuzione** del precedente contratto, l'esecutore uscente possa essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto.

Ai sensi del **co. 5**, il principio di rotazione non risulta applicabile laddove l'indagine di mercato sia stata effettuata **senza porre limiti al numero di operatori economici**, in possesso dei requisiti richiesti, da invitare alla successiva procedura negoziata: in questi termini, l'art. 49 ha recepito la giurisprudenza che, in detta ipotesi, ha escluso il rischio di consolidamento di rendite da posizione, non essendo stato introdotto dalla stazione appaltante alcuno sbarramento al numero di operatori economici da invitare (Consiglio di Stato, sez. V, 24 maggio 2021, n. 3999).

Il **co. 6** conferma quanto affermato dalle Linee Guida ANAC n. 4, secondo cui *“negli affidamenti di importo inferiore a 1000 euro è consentito derogare all'applicazione del presente paragrafo, con scelta, sinteticamente motivata, contenuta nella determinazione a contrarre od in atto equivalente”*.

Nell'ultimo comma dell'art. 49, infatti, è prevista la deroga al principio di rotazione per gli affidamenti di importo inferiore a 5.000 euro, con ciò allineandosi al limite previsto dall'art. 1, co. 450 L. 296/2006 per il ricorso obbligatorio al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle procedure di acquisto sottosoglia di beni e servizi.

Art. 50 – Procedure per l'affidamento

1. Salvo quanto previsto dagli articoli 62 e 63, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 14 con le seguenti modalità:

a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante;

b) affidamento diretto dei servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 140.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante;

c) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro;

d) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno dieci operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14, salva la possibilità di ricorrere alle procedure di scelta del contraente di cui alla Parte IV del presente Libro;

e) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14.

2. Gli elenchi e le indagini di mercato sono gestiti con le modalità previste nell'allegato II.1. 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. Le stazioni appaltanti pubblicano sul proprio sito istituzionale i nominativi degli operatori consultati nell'ambito delle procedure di cui al comma 1.

3. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato II.1 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previo parere dell'ANAC, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

4. Per gli affidamenti di cui al comma 1, lettere c), d) ed e), le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei relativi appalti sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa oppure del prezzo più basso ad eccezione delle ipotesi di cui all'articolo 108, comma 2.

5. Le imprese pubbliche, per i contratti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alle soglie europee di cui all'articolo 14, rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 146 a 152, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, se i contratti presentano un interesse transfrontaliero certo, deve essere conforme ai principi del Trattato sull'Unione europea a tutela della concorrenza. Gli altri soggetti di cui all'articolo 141, comma 1, secondo periodo, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale deve essere conforme ai predetti principi del Trattato sull'Unione europea.

6. Dopo la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario la stazione appaltante può procedere all'esecuzione anticipata del contratto; nel caso di mancata stipulazione l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spesestipulate per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori e, nel caso di servizi e forniture, per le prestazioni eseguite su ordine del direttore dell'esecuzione.

7. Per i contratti di cui alla presente Parte la stazione appaltante può sostituire il certificato di collaudo o il certificato di verifica di conformità con il certificato di regolare esecuzione, rilasciato per i lavori dal direttore dei lavori e per le forniture e i servizi dal RUP o dal direttore dell'esecuzione, se nominato. Il certificato di regolare esecuzione è emesso non oltre tre mesi dalla data di ultimazione delle prestazioni oggetto del contratto.

8. I bandi e gli avvisi di pre-informazione relativi ai contratti di cui alla presente Parte sono pubblicati a livello nazionale con le modalità di cui all'articolo 85, con esclusione della trasmissione del bando di gara all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea.

9. Con le stesse modalità di cui al comma 8 è pubblicato l'avviso sui risultati delle procedure di affidamento di cui al presente articolo. Nei casi di cui alle lettere c), d) ed e) del comma 1, tale avviso contiene anche l'indicazione dei soggetti invitati.

L'art. 50 disciplina le procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea riprendendo l'art. 1, comma 2, del D.L. n. 76 del 2020, salvo alcune modifiche lessicali e qualche puntualizzazione contenutistica innovativa.

Si evidenzia come non siano state riproposte le disposizioni relative agli affidamenti diretti nelle aree del cratere sismico (collocabili negli allegati al codice) né quelle relative all'applicazione dei principi, profilo già normato all'art. 48.

In particolare, la **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** ha evidenziato che "al co. 1 sono confermati i profili della disciplina dei contratti sottosoglia, già propri della pregressa disciplina:

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

b) per quanto concerne gli appalti di lavori:

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

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

3) *procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno dieci operatori (si rimette al Governo la scelta di ridurre eventualmente tale numero), per lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie europee.*

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

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

2) *procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici (si rimette al Governo la scelta di ridurre eventualmente tale numero), per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie di cui all'art. 14".*

Con riferimento all'affidamento diretto (comma 1, lett. a) e b)) si è riproposta la previsione del D.L. 76/2020 secondo cui, nonostante la mancanza di necessario confronto competitivo, deve essere assicurato che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse, anche individuati tra coloro che risultano iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante.

Il testo del D.L. 76/2020 si riferisce a «esperienze analoghe a quelle oggetto di riferimento» mentre il testo della disposizione in esame fa riferimento a «esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali oggetto di affidamento».

Il richiamo così espresso (a «*esperienze idonee*» in luogo di «*esperienze analoghe*») è conforme alla scelta di ampliare il margine valutativo della stazione appaltante, che può apprezzare le attività precedenti dell'operatore economico in ambiti anche non strettamente analoghi all'oggetto della gara, sebbene idonei a garantire la buona riuscita dell'affidamento.

Il riferimento alle procedure negoziate senza bando (comma 1, lettere c), d) ed e)) non è stato accompagnato, a differenza dell'art. 1, comma 2 del D.L. n. 76 del 2020, dal richiamo all'art. 63 del D.Lgs. n. 50 del 2016; allo stesso modo, non si è rinviato alla norma che nel nuovo codice disciplina la procedura negoziata nel soprasoglia.

Il richiamo così espresso risulterebbe, infatti, fonte di dubbi e financo inutile, considerato che la procedura negoziata sottosoglia è normata dalla disposizione in esame con riferimento tanto ai presupposti quanto alle modalità di svolgimento, così che il richiamo stesso potrebbe ingenerare il dubbio che siano altresì necessarie le ulteriori condizioni legittimanti proprie del soprasoglia.

Il co. 1, lett. d) prevede che, in ipotesi di lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie europee, la stazione appaltante, in luogo del ricorso alla procedura negoziata senza bando, possa utilizzare le **procedure ordinarie**.

L'art. 1, co. 2 D.L. 76/2020 non contemplava il possibile ricorso alle procedure ordinarie, ciò al fine di imporre l'utilizzo delle procedure semplificate, da cui talvolta le stazioni appaltanti tendono a sfuggire, temendo i maggiori margini di discrezionalità da esse offerti.

Al contrario, l'**art. 36, co. 2 D.Lgs. 50/2016** prevedeva l'utilizzo delle procedure ordinarie come facoltà sempre percorribile dalla stazione appaltante (*"salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie"*).

Nell'**art. 50, co. 1, lett. d)** del codice si è percorsa la possibilità per le stazioni appaltanti, per gli appalti di lavori sottosoglia di importo più significativo, di impiegare le procedure ordinarie.

Come sottolineato dalla **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato**, *"si tratta cioè non di libera opzione, ma della possibilità di accedere alle più complesse procedure ordinarie in esito a una specifica motivazione delle ragioni tecniche che, nel singolo caso, rendono preferibile – effettuato il dovuto bilanciamento degli interessi pubblici in gioco – l'utilizzo del più garantistico, ma più complesso, procedimento ordinario di gara"*.

Il **co. 2** rinvia all'**Allegato II.1** per l'individuazione delle modalità di gestione degli elenchi e delle indagini di mercato; si è previsto espressamente il **divieto del sorteggio**, costituente uno dei criteri della legge delega.

In particolare, l'**art. 2, co. 1 Allegato II.1** prevede che *"le indagini di mercato devono svolgersi secondo le modalità ritenute più idonee dalla stazione appaltante, secondo i principi di adeguatezza e proporzionalità tenendo, in particolare, conto dell'esigenza di rispettare il termine massimo, previsto dal codice, per l'affidamento degli appalti sottosoglia tramite procedura negoziata"* ulteriormente specificando che *"I risultati delle indagini di mercato devono essere formalizzati dalla stazione appaltante con apposito provvedimento ferma restando l'esclusione della divulgazione delle informazioni che potrebbero compromettere la posizione degli operatori economici e, comunque, dei segreti tecnici e commerciali e fatto salvo quanto previsto dall'**art. 35** del codice in riferimento alla tempistica prevista per la conoscibilità di alcuni dati e atti di gara"*.

L'**art. 2, co. 2 dell'Allegato II.1** disciplina la pubblicità dell'avviso per la presentazione delle manifestazioni d'interesse che deve essere effettuata tramite avviso sul sito istituzionale dell'ente e sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC. La durata minima ordinaria di tale pubblicazione è fissata in quindici giorni, termine riducibile a cinque giorni nei casi di urgenza motivata in riferimento a ragioni indicate nell'avviso.

L'**art. 2, co. 3 dell'Allegato II.1** ha ad oggetto il contenuto dell'avviso di avvio dell'indagine di mercato che deve indicare il valore dell'affidamento, gli elementi essenziali del contratto, i requisiti di idoneità professionale, i requisiti minimi di capacità economica/finanziaria e le capacità tecniche e professionali richieste ai fini della partecipazione, il numero minimo ed eventualmente massimo di operatori che saranno invitati alla procedura, i criteri di selezione degli operatori economici, le modalità per comunicare con la stazione appaltante.

Da ultimo, l'**art. 2, co. 4** prevede che *"la scelta degli operatori da invitare alla procedura negoziata deve essere effettuata secondo criteri oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di*

concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza. Il sorteggio o altri metodi di estrazione casuale dei nominativi sono consentiti solo in casi eccezionali in cui il ricorso ai criteri di cui al periodo che precede è impossibile o comporta per la stazione appaltante oneri assolutamente incompatibili con il celere svolgimento della procedura. I criteri di selezione degli operatori da invitare alla procedura negoziata sono indicati nella determina a contrarre o in altro atto equivalente”.

Il **co. 3** stabilisce, poi, che l’Allegato di cui al comma precedente può essere sostituito, integrato o modificato senza necessità di ricorrere a fonte primaria, ma con regolamento di cui all’art. 17 della L. n. 400 del 1988: si attua una forma di delegificazione.

Il **co. 4** norma i **criteri di selezione** utilizzabili per l’aggiudicazione nell’ambito delle procedure negoziate sottosoglia, stabilendo il **principio di libera scelta** da parte delle stazioni appaltanti circa l’utilizzo del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa ovvero del prezzo più basso.

La stessa **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** ha spiegato ciò in questi termini: *“tale libertà di scelta appare funzionale alla conformazione delle regole di gara alle peculiarità di ciascun oggetto contrattuale, in modo tale da garantire il risultato migliore nell’ottica del soddisfacimento dell’interesse del committente”.*

Si tratta di una scelta legislativa già seguita dall’art. 36, co. 9-bis D.Lgs. 50/2016, così come dalla normativa del periodo emergenziale (art. 1, co.3, II periodo D.L. 76/2020).

Per quanto riguarda i **contratti ad alta intensità di manodopera** (per i quali *“il costo della manodopera è pari o superiore al 50 per cento dell’importo complessivo dei corrispettivi”*, secondo la definizione dell’art. 2 lett. e Allegato I.1 del nuovo codice), il co. 3 impone alle stazioni appaltanti l’utilizzo dell’offerta economicamente più vantaggiosa, onde evitare i costi sociali che potrebbero derivare da una concorrenza basata esclusivamente sul prezzo.

Il **co. 5** prevede che le imprese pubbliche operanti nell’ambito definito dagli artt. 146-152 applichino ai contratti sottosoglia la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, se i contratti presentano un interesse transfrontaliero certo, deve essere conforme ai principi del Trattato UE a tutela della concorrenza.

Si ripropone il contenuto dell’**art. 36, co. 8 D.lgs. 50/2016**, con cui è disciplinato l’affidamento a terzi, da parte di imprese pubbliche o di privati titolari di diritti speciali ed esclusivi, degli appalti sottosoglia riferibili ai settori speciali (artt. 115-121 del previgente codice corrispondenti agli artt. 146-152 Libro III, Parte I del nuovo codice).

Per quanto riguarda i contratti sottosoglia, la disposizione vigente detta una disciplina unitaria per le imprese pubbliche e per i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi, rinviando all’applicazione delle norme interne dei singoli enti o società, purché conformi ai principi del Trattato posti a tutela della concorrenza.

La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** evidenzia che *“la norma, quindi, non sembra consentire alle imprese pubbliche che esercitano in uno dei settori speciali (che costituisce l’unico presupposto applicativo per essere assoggettate alla relativa normativa prevista dagli artt. 153 ss. del presente codice, anche quando il servizio o l’attività siano state acquisite mediante una procedura di evidenza pubblica), che intendano affidare a terzi appalti strumentali allo svolgimento di una delle predette attività, di utilizzare strumenti di acquisizione più flessibili e semplificati come quelli previsti nei commi da 1 a 3 dell’articolo in commento (si pensi alla previsione dell’affidamento diretto per lavori fino a 150.000 euro, procedura che si sottrae ai principi proconcorrenziali del Trattato e quindi non sarebbe utilizzabile, stando al vigente art. 36, comma 8, cit., dalle imprese pubbliche, né dai privati titolari di diritti speciali ed esclusivi)”*.

Il **co. 7** disciplina la **fase esecutiva**, dove si prevede la possibilità per la stazione appaltante di sostituire il certificato di collaudo o il certificato di verifica di conformità con il **certificato di regolare esecuzione**, emesso dal direttore dei lavori, dal RUP o dal direttore dell’esecuzione non oltre tre mesi dalla data di ultimazione delle prestazioni oggetto del contratto.

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

Il **co. 9** prevede, per quanto riguarda la conclusione delle procedure di affidamento dei contratti sottosoglia, **misure di pubblicità aggiuntive** rispetto a quelle già imposte dalla disciplina ordinaria: ciò avviene nei casi della determina a contrattare o della composizione della commissione giudicatrice, in cui deve essere pubblicato, con le modalità di cui al comma 8, anche l’avviso dei risultati.

Tale forma di pubblicità si ispira all’art. 1, comma 2, lett. b) D.L. 76/2020 (come modificato dal successivo D.L. 77/2021), sebbene qui non sia stato riprodotto l’inciso escludente l’obbligatorietà della pubblicazione di detto avviso per gli affidamenti diretti di importo inferiore ad euro 40.000.

Art. 51 – Commissione giudicatrice

Nel caso di aggiudicazione dei contratti di cui alla presente Parte con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, alla commissione giudicatrice può partecipare il RUP, anche in qualità di presidente.

La disposizione disciplina le commissioni giudicatrici negli appalti sotto-soglia.

L’art. 51 deve essere letto in combinato disposto con l’**art. 93, co. 3 del codice**, il quale stabilisce che *“la commissione è presieduta da un dipendente della stazione appaltante ed è composta da suoi funzionari, in possesso del necessario inquadramento giuridico e di adeguate competenze professionali. Della commissione*

giudicatrice fa parte anche il RUP”: pertanto, non si prevede esplicitamente che quest’ultimo possa presiederla.

L’art. 51, invece, partendo dalla lettura della disposizione summenzionata, si limita a consentire che **il RUP possa anche presiedere la commissione.**

In realtà, l’incompatibilità assoluta tra i ruoli di RUP e componente della commissione giudicatrice era già stata superata dal **D.Lgs. 56/2017** che all’**art. 77, co. 4 D.Lgs. 50/2016** aveva aggiunto un secondo periodo, secondo cui *“la nomina del RUP a membro della commissione di gara è valutata con riferimento alla singola procedura”*: **la disposizione non era, tuttavia, di univoca interpretazione.**

Per quanto attiene al coordinamento con l’**art. 107, co. 3 D.Lgs. 267/2000** che prevede, in termini generali, l’attribuzione ai dirigenti della *“presidenza delle commissioni di gara”*, la **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** evidenzia che l’**art. 224, comma 3** *“aggiunge al comma 3 dell’art. 107 del decreto legislativo n. 267 del 2000 un ulteriore comma secondo cui «la commissione giudicatrice, nel caso di aggiudicazione dei contratti di importo inferiore alle soglie europee con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, può essere presieduta dal responsabile unico del procedimento”*. Tale ultima previsione, emanata in coerenza con quanto disposto dall’**art. 1, comma 4 del decreto legislativo n. 267 del 2000** il quale prevede che *«ai sensi dell’articolo 128 della Costituzione le leggi della Repubblica non possono introdurre deroghe al presente testo unico se non mediante espressa modificazione delle sue disposizioni»*, risolve il problema del coordinamento tra le disposizioni del codice degli appalti e il decreto legislativo n. 267 del 2000 prevedendo, in particolare, che negli enti locali il responsabile unico del procedimento possa presiedere le commissioni di gara anche se privo di qualifica dirigenziale”.

Art. 52 – Controllo sul possesso dei requisiti

1. Nelle procedure di affidamento di cui all’**articolo 50, comma 1, lettere a) e b)**, di importo inferiore a 40.000 euro, gli operatori economici attestano con dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà il possesso dei requisiti di partecipazione e di qualificazione richiesti. La stazione appaltante verifica le dichiarazioni, anche previo sorteggio di un campione individuato con modalità predeterminate ogni anno.

2. Quando in conseguenza della verifica non sia confermato il possesso dei requisiti generali o speciali dichiarati, 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.

La disposizione disciplina una questione pratica non affrontata dal codice precedente.

Il fine così perseguito è evitare che il procedimento di verifica sui requisiti di partecipazione, nel caso di appalti di importo minore, possa restringere la concorrenza e comportare una riduzione della qualità delle offerte presentate.

L'art. 52 del codice, prevede, pertanto, un **metodo semplificato** per la verifica dei requisiti in caso di affidamenti diretti di **importo inferiore a 40.000 €**.

Per i cd. **"micro-affidamenti"** la stazione appaltante è, infatti, esonerata dall'obbligo di verifica puntuale dei requisiti dell'affidatario, il quale deve attestare, con dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, la sussistenza dei requisiti di ordine generale e speciale richiesti per l'affidamento.

Ferma la **facoltà**, per la stazione appaltante, di verificare la titolarità dei requisiti **in capo al singolo affidatario**, il **co. 1** prevede che la stessa, in luogo di un controllo a carico di tutti gli affidatari, è **obbligata** solo a verificare le dichiarazioni tramite sorteggio di un **campione** individuato con modalità predeterminate ogni anno.

Il **co. 2**, poi, dispone che, nel caso in cui, all'esito del controllo a campione, risulti il **mancato possesso** dei requisiti dichiarati, le stazioni appaltanti procedono **obbligatoriamente** alla **risoluzione del contratto**, all'**escussione** dell'eventuale cauzione definitiva, alla **comunicazione all'ANAC** ed alla **sospensione** dell'operatore economico dalla partecipazione alle procedure di affidamento di cui al Libro II, Parte I del codice, per un **periodo da 1 a 12 mesi**, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento.

Art. 53 – Garanzie a corredo dell'offerta e garanzie definitive

1. Nelle procedure di affidamento di cui all'articolo 50, comma 1, la stazione appaltante non richiede le garanzie provvisorie di cui all'articolo 106 salvo che, nelle procedure di cui alle lettere c), d) ed e) dello stesso comma 1 dell'articolo 50, in considerazione della tipologia e specificità della singola procedura, ricorrano particolari esigenze che ne giustifichino la richiesta. Le esigenze particolari sono indicate nella decisione di contrarre oppure nell'avviso di indizione della procedura o in altro atto equivalente.

2. Quando è richiesta la garanzia provvisoria, il relativo ammontare non può superare l'uno per cento dell'importo previsto nell'avviso o nell'invito per il contratto oggetto di affidamento.

3. La garanzia provvisoria può essere costituita sotto forma di cauzione oppure di fideiussione con le modalità di cui all'articolo 106.

4. In casi debitamente motivati è facoltà della stazione appaltante non richiedere la garanzia definitiva per l'esecuzione dei contratti di cui alla presente Parte oppure per i contratti di pari importo a valere su un accordo quadro. Quando richiesta, la garanzia definitiva è pari al 5 per cento dell'importo contrattuale.

L'art. 53 disciplina le garanzie prestate con le offerte, in linea, salvo alcune modifiche, con quanto previsto dall'**art. 1, co. 4, D.L. 76/2020**.

Il **co. 1** prevede che nelle procedure in oggetto, la stazione appaltante **non richiede le garanzie provvisorie** previste per l'affidamento dei contratti sopra-soglia dall'**art. 106**: fanno eccezione le procedure negoziate *ex art. 50, co. 1, lett. c), d) ed e) del codice*, *"in considerazione della tipologia e specificità della singola procedura"* quando *"ricorrano particolari esigenze che ne giustifichino la richiesta"*, che la stazione appaltante indica nella determina a contrarre o nell'avviso di indizione della procedura o in altro atto equivalente.

Rispetto al precitato D.L. 76/2020, si è prevista la limitazione della **possibilità di richiedere le garanzie alle sole procedure negoziate**.

Il **co. 2** stabilisce che, se la garanzia provvisoria è dovuta, *"il relativo ammontare non può superare l'uno per cento dell'importo previsto nell'avviso o nell'invito per il contratto oggetto di affidamento"*.

Il **co. 3**, pertanto, prevede la costituzione della garanzia provvisoria sotto forma di cauzione ovvero di fideiussione, così rinviando per le modalità attuative all'**art. 106 del codice**.

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

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

Art. 54 – Esclusione automatica delle offerte anomale

1. *Nel caso di aggiudicazione, con il criterio del prezzo più basso, di contratti di appalto di lavori o servizi di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea che non presentano un interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti, in deroga a quanto previsto dall'articolo 110, prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultano anomale, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque. Il primo periodo non si applica agli affidamenti di cui all'articolo 50, comma 1, lettere a) e b). In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.*

2. *Nei casi di cui al comma 1, primo periodo, le stazioni appaltanti indicano negli atti di gara il metodo per l'individuazione delle offerte anomale, scelto fra quelli descritti nell'allegato II.2, ovvero lo selezionano in sede di valutazione delle offerte tramite sorteggio tra i metodi compatibili dell'allegato II.2.*

3. *In sede di prima applicazione del codice, l'allegato II.2 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previo parere dell'ANAC, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.*

Il **co. 1** prevede che, laddove i contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea relativi ad appalti di lavori o servizi siano aggiudicati con il criterio del prezzo più basso in assenza di un

interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti, **in deroga all'art. 110**, prevedono negli atti di gara l'**esclusione automatica** delle offerte che risultino anomale, *“qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque”*.

La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** ha evidenziato la *ratio* della previsione: *“la concorrenza tra offerte competitive a basso prezzo, sebbene consenta talvolta risparmi economici significativi per le stazioni appaltanti, nondimeno può risultare non conveniente nei casi in cui al basso prezzo corrisponda o una troppo ottimistica valutazione dei costi di esecuzione del contratto o il comportamento spregiudicato di alcuni operatori economici i quali, nonostante i molti presidi a tutela della serietà delle offerte, fondino il basso prezzo su uno scarso rapporto qualità-prezzo. È in questo tipo di contesto che si pone il concetto di “anomalia” o, meglio, di “offerte anormalmente basse”*.

La direttiva 2014/24/UE, in linea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, vieta l'applicazione di qualsiasi forma di automatismo per l'esclusione delle offerte che sulla base, ad esempio, di un algoritmo matematico, siano classificate come anomale.

Con particolare riguardo ai contratti di importo inferiore alle soglie europee, tuttavia, la giurisprudenza della **Corte di Giustizia** (v. la sentenza CGEU n. C-147/06, SECAP vs. Santorso) ammette che possa essere accettabile ricorrere a sistemi di esclusione automatica, ma soltanto per appalti non di interesse transfrontaliero, in presenza di un numero indebitamente elevato di offerte, di costi elevati e significativi ritardi che la valutazione in contraddittorio di un numero tanto elevato di offerte potrebbe causare.

Per velocizzare il processo di gestione del rischio di anomalia, si è mantenuto un sistema di esclusione automatica, sia pur limitatamente a quelle situazioni con un numero di offerte sufficientemente elevato (**almeno cinque**) e per cui il processo di valutazione dell'anomalia sia più lungo e costoso per le stazioni appaltanti a causa della maggior complessità intrinseca dei contratti. L'articolo riproduce l'**art. 1, co. 3, ultimo periodo, D.L. 76/2020**, che diviene, con la disposizione in esame, **disciplina a regime** e non più transitoria.

L'art. 1, co. 3 del decreto affermava, tuttavia che, al ricorrere dei requisiti previsti, *“le stazioni appaltanti procedono all'esclusione automatica”*, mentre nella norma in esame si stabilisce, invece, che, al ricorrere dei requisiti di legge, *“le stazioni appaltanti, in deroga all'articolo 110, prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica”*: ne deriva, quale conseguenza, la necessità che, ai fini dell'esclusione automatica, la stessa sia **espressamente prevista** negli atti di indizione della procedura selettiva, analogamente a quanto stabiliva l'art. 97, co. 8 D.Lgs. 50/2016.

Sempre la **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** spiega che *“la disposizione reca, all'evidenza, una deroga all'art. 110, che contiene la disciplina delle offerte anormalmente basse nell'ambito dell'affidamento dei contratti di importo superiore alle soglie di rilevanza europea”* specificando poi che *“la disciplina dell'art. 54, per la sua portata generale, è applicabile alle ipotesi di procedura negoziata, ma anche al caso in cui si*

ricorra alla procedura ordinaria, nel caso previsto dall'art. 50, comma 1, lett. d). Si esclude invece esplicitamente, per fugare ogni dubbio, l'affidamento diretto con richiesta di più preventivi (comma 1, secondo periodo)".

L'art. 54, invece, **non** trova applicazione nel caso in cui sussista un **interesse transfrontaliero certo**, dal momento che, al ricorrere di tale ipotesi, l'art. 48, co. 2 del codice prevede che si seguano le **procedure ordinarie**.

Nell'ultimo periodo del co. 1 ci si rifà all'art. 97, co. 6, D.Lgs. 50/2016 in tema di "**verifica facoltativa della congruità dell'offerta**".

Sul punto, la giurisprudenza amministrativa ha statuito che le stazioni appaltanti dispongono di una **discrezionalità ampia** in merito alla scelta di procedere o no alla verifica facoltativa, con la conseguenza che il ricorso all'istituto (come pure la mancata applicazione di esso) non necessita di una particolare motivazione né può essere sindacato salvo i casi di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto (Consiglio di Stato, sez. V, 29 gennaio 2018, n. 604).

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

Il **Metodo A** replica esattamente il metodo introdotto, all'**art. 97, co. 2 e 2-bis D.Lgs. 50/2016**, dalla lett. u), n. 1), dell'art. 1, co. 20 D.L. 32/2019, convertito, con modificazioni, dalla l. 55/2019: esso permette alle stazioni appaltanti di ricorrere ad un metodo da loro già ampiamente utilizzato e, quindi, riduce le complessità di adeguarsi nell'immediato a sistemi potenzialmente più efficaci, ma anche più complessi quali quelli dei due metodi presentati di seguito come Metodo B e Metodo C. In secondo luogo, elemento innovativo del metodo, come formulato nella l. n. 55 del 2019, era stato quello di introdurre una componente randomica (ovvero casuale) nella soglia di determinazione dell'anomalia che rendesse la stessa meno prevedibile e manipolabile dalle imprese, ma senza le elevate problematiche che erano state introdotte dal meccanismo originariamente previsto dal legislatore nel 2016 che, all'art. 97 D.lgs. 50/2016, aveva previsto l'estrazione casuale, dopo il ricevimento delle offerte, del meccanismo di calcolo della soglia di anomalia.

Il **Metodo B** deriva dai più recenti studi accademici in materia, integrando queste conoscenze con le specificità del contesto di riferimento. Il metodo si fonda su due elementi: una soglia di anomalia e l'applicazione di una regola del c.d. "*secondo prezzo*".

Per quanto riguarda la soglia di anomalia, idealmente il metodo presupporrebbe la capacità della stazione appaltante di determinare, non soltanto la base d'asta, ma anche il prezzo minimo accettabile.

Questa, potenziale, maggiore spinta concorrenziale è tuttavia bilanciata dal secondo elemento, la regola del “secondo prezzo”, secondo cui risulta aggiudicataria del contratto l’impresa che abbia offerto il prezzo più basso tra quelli non anomali, ma il prezzo di aggiudicazione non è il prezzo più basso (offerto dalla impresa aggiudicataria), ma il secondo prezzo più basso, ovvero il prezzo offerto dalla seconda classificata. In caso di pareggio tra imprese con il prezzo più basso, viene sorteggiata quella vincitrice.

Il **Metodo C** deriva dall’esperienza internazionale con metodi simili, integrando queste conoscenze con le specificità del contesto di riferimento.

La stazione appaltante che applichi tale metodo deve indicare nel bando di gara lo “sconto di riferimento”.

Tale sconto è espresso come percentuale della base d’asta rispetto a cui le imprese formulano i loro sconti e rappresenta l’indicazione che la stazione appaltante offre alle imprese della soglia di anomalia, al netto di una componente randomica determinata successivamente in base alle offerte ricevute.

In questo caso la *ratio* della previsione poggia su una duplice considerazione, ben delineata dalla **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato**: *“In primo luogo, l’adeguato bilanciamento del rischio di offerte anormalmente basse e di una sana dinamica competitiva tra operatori economici non può essere soddisfatto da un unico meccanismo in quanto l’equilibrio ricercato dalla stazione appaltante dipenderà dalle caratteristiche specifiche del contratto e anche del tessuto produttivo degli operatori economici a cui la stazione appaltante si rivolge. In secondo luogo, il sistema, in ultimo delineato nel decreto legislativo n. 50/2016, si prestava, nel tempo, a una possibilità di predeterminazione, da parte degli offerenti, dei parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia; tale fenomeno dipendeva dal fatto che l’algoritmo per il calcolo della soglia (e anche i precedenti in passato applicati) risultava ancorato a una funzione della distribuzione degli sconti offerti o, in altri termini, era un valore determinato, in via endogena, sulla base del valore di quegli sconti.*

Talune delle imprese offerenti, quindi, avrebbero potuto essere indotte a tentare di manipolare la soglia, coordinandosi nella fase di presentazione delle offerte; altre imprese partecipanti avrebbero potuto provare a “scommettere” sulla determinazione della soglia di anomalia.

In entrambi i casi, si sarebbe potuto determinare l’esito svantaggioso per la stazione appaltante (e per la collettività dei contribuenti) della presentazione di offerte potenzialmente svincolate dai costi sottostanti.

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

Il **co. 3** dispone che l'**Allegato II.2** possa essere sostituito, integrato e modificato, ai sensi dell'art. 17 della L. n. 400 del 1988, previo parere dell'ANAC.

Art. 55 – Termini dilatori

1. La stipulazione del contratto avviene entro trenta giorni dall'aggiudicazione.
2. I termini dilatori previsti dall'articolo 18, commi 3 e 4, non si applicano agli affidamenti dei contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea.

Il **co. 1** introduce il termine di **30 giorni** per la stipula del contratto, decorrente dall'aggiudicazione.

Il **co. 2** prevede che i termini dilatori previsti dall'art. 18, co. 3-4 del codice non si applicano agli affidamenti sottosoglia.

La norma, ispirata all'**art. 32, co. 10 D.Lgs. 50/2016**, introduce **un'importante novità**, in quanto esclude l'applicazione, in tutti gli affidamenti di contratti sotto soglia, dei termini dilatori di natura **sia procedimentale sia processuale**, così rifacendosi alla disciplina sui termini per la stipula del contratto e sull'ordinaria esecuzione anticipata del contratto.

Come evidenziato dalla **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato**, *“non sembrano profilarsi problemi di compatibilità con il diritto europeo, posto che la direttiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, all'art. 2-bis, prevede che il termine dilatorio con effetto sospensivo si applica agli appalti sopra soglia”* né *“sembrano porsi questioni di legittimità costituzionale, sia perché nel processo amministrativo italiano il principio è tradizionalmente quello per cui la proposizione del ricorso non sospende automaticamente l'atto impugnato (e comunque rimangono immutati i poteri cautelari del Giudice amministrativo, anche monocratici), sia perché la differente disciplina prevista, sul punto, per i contratti sopra soglia si giustifica anche in ragione della loro rilevanza sotto il profilo economico”*.

PARTE II

DEGLI ISTITUTI E DELLE CLAUSOLE COMUNI

Art. 56 – Appalti esclusi nei settori ordinari

1. *Le disposizioni del codice relative ai settori ordinari non si applicano agli appalti pubblici:*

a) *di servizi aggiudicati da una stazione appaltante a un ente che sia una stazione appaltante o a un'associazione di stazioni appaltanti in base a un diritto esclusivo di cui esse beneficiano in virtù di disposizioni legislative o regolamentari o di disposizioni amministrative pubblicate che siano compatibili con il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea;*

b) *finalizzati a permettere alle stazioni appaltanti la messa a disposizione o la gestione di reti di telecomunicazioni o la prestazione al pubblico di uno o più servizi di comunicazioni elettroniche. Ai fini del presente articolo si applicano le definizioni di «rete di comunicazioni» e «servizio di comunicazione elettronica» contenute nell'articolo 2 del codice delle comunicazioni elettroniche, di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259;*

c) *che le stazioni appaltanti sono tenute ad aggiudicare o ad organizzare nel rispetto di procedure diverse da quelle previste dal codice e stabilite da:*

1) *uno strumento giuridico che crea obblighi internazionali, quali un accordo internazionale, concluso in conformità dei trattati dell'Unione europea, tra lo Stato e uno o più Paesi terzi o relative articolazioni e riguardanti lavori, forniture o servizi destinati alla realizzazione congiunta o alla gestione congiunta di un progetto da parte dei soggetti firmatari;*

2) *un'organizzazione internazionale;*

d) *che le stazioni appaltanti aggiudicano in base a norme previste da un'organizzazione internazionale o da un'istituzione finanziaria internazionale, quando gli appalti sono interamente finanziati dalla stessa organizzazione o istituzione. Nel caso di appalti pubblici finanziati prevalentemente da un'organizzazione internazionale o da un'istituzione finanziaria internazionale, le parti si accordano sulle procedure di aggiudicazione applicabili;*

e) *aventi ad oggetto l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni;*

f) *aventi ad oggetto l'acquisto, lo sviluppo, la produzione o coproduzione di programmi o materiali associati ai programmi destinati ai servizi di media audiovisivi o radiofonici che sono aggiudicati da fornitori di servizi di media audiovisivi o radiofonici, ovvero gli appalti concernenti il tempo di trasmissione o la fornitura di programmi aggiudicati ai fornitori di servizi di media audiovisivi o radiofonici;*

g) *concernenti i servizi d'arbitrato e di conciliazione;*

h) *concernenti uno qualsiasi dei seguenti servizi legali:*

1) *rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della legge 9 febbraio 1982, n. 31:*

1.1) *in un arbitrato o in una conciliazione tenuti in uno Stato membro dell'Unione europea, un Paese terzo o dinanzi a un'istanza arbitrale o conciliativa internazionale;*

1.2) *in procedimenti giudiziari dinanzi a organi giurisdizionali o autorità pubbliche di uno Stato membro dell'Unione europea o un Paese terzo o dinanzi a organi giurisdizionali o istituzioni internazionali;*

2) consulenza legale fornita in preparazione di uno dei procedimenti di cui al punto 1), o qualora vi sia un indizio concreto e una probabilità elevata che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto del procedimento, sempre che la consulenza sia fornita da un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della legge 9 febbraio 1982, n. 31;

3) servizi di certificazione e autenticazione di documenti che devono essere prestati da notai;

4) servizi legali prestati da fiduciari o tutori designati o altri servizi legali i cui fornitori sono designati da un organo giurisdizionale dello Stato o sono designati per legge per svolgere specifici compiti sotto la vigilanza di detti organi giurisdizionali;

5) altri servizi legali che sono connessi, anche occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri;

i) concernenti servizi finanziari relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita e al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari come riportati nell'allegato I al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, servizi forniti da banche centrali e operazioni concluse con il Fondo europeo di stabilità finanziaria e il meccanismo europeo di stabilità;

l) concernenti i prestiti, a prescindere dal fatto che siano correlati all'emissione, alla vendita, all'acquisto o al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari;

m) concernenti i contratti di lavoro;

n) concernenti servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro identificati con i codici CPV 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8; 98113100-9 e 85143000-3 ad eccezione dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza;

o) concernenti i servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia o metropolitana;

p) concernenti servizi connessi a campagne politiche, identificati con i codici CPV 79341400-0, 92111230-3 e 92111240-6, se aggiudicati da un partito politico nel contesto di una campagna elettorale per gli appalti relativi ai settori ordinari e alle concessioni;

q) aventi ad oggetto l'acquisto di prodotti agricoli e alimentari per un valore non superiore a 20.000 euro annui per ciascuna impresa, da imprese agricole singole o associate situate in comuni classificati totalmente montani di cui all'elenco dei comuni italiani predisposto dall'ISTAT, ovvero ricompresi nella circolare del Ministero delle finanze n. 9 del 14 giugno 1993, pubblicata nel supplemento ordinario n. 53 alla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 141 del 18 giugno 1993, nonché nei comuni delle isole minori di cui all'allegato A annesso alla legge 28 dicembre 2001, n. 448.

2. Le disposizioni del codice relative ai settori ordinari non si applicano anche al caso in cui un'amministrazione pubblica stipuli una convenzione con la quale un soggetto pubblico o privato si impegni alla realizzazione, a sua totale cura e spesa e previo ottenimento di tutte le necessarie autorizzazioni, di un'opera pubblica o di un suo lotto funzionale o di parte dell'opera prevista nell'ambito di strumenti o programmi urbanistici, fermo restando il rispetto degli articoli 94, 95 e 98.

L'articolo elenca le ipotesi di appalti nei **settori ordinari** esclusi dall'applicazione del codice.

Nel disegno originario del **D.Lgs. 50/2016**, le disposizioni corrispondenti erano gli **artt. 9, 15, 16, 17 e 17 bis**.

Pur essendo diversa la tecnica legislativa impiegata, tali esclusioni derivano dalla **direttiva 24/2014/UE**, in particolare dagli **artt. 8** (comunicazioni elettroniche), **9** (appalti aggiudicati in base a

norme internazionali), **10** (appalti di servizi riferiti a determinati oggetti, quali ad esempio lavoro, servizi legali, arbitrati e conciliazioni, servizi finanziari, servizi di media, ecc.), **11** (appalti di servizi aggiudicati in base a un diritto esclusivo).

Si aggiungono gli appalti aventi ad oggetto l'acquisto di prodotti agricoli per importi ridotti, in continuità la ricordata previsione di cui all'art. 17 bis del succitato decreto.

Si sottolinea come le esclusioni riferite agli appalti nei **settori speciali** e alle concessioni siano ora previste agli **artt. 142 ss. e art. 181**.

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

1. Per gli affidamenti dei contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti, tenuto conto della tipologia di intervento, in particolare ove riguardi il settore dei beni culturali e del paesaggio, e nel rispetto dei principi dell'Unione europea, devono contenere specifiche clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate tra l'altro a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate, la stabilità occupazionale del personale impiegato, nonché l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto o della concessione e alle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché a garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare.

2. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi, definiti per specifiche categorie di appalti e concessioni, differenziati, ove tecnicamente opportuno, anche in base al valore dell'appalto o della concessione, con decreto del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica e conformemente, in riferimento all'acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari, anche a quanto specificamente previsto dall'[articolo 130](#). Tali criteri, in particolare quelli premianti, sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'[articolo 108, commi 4 e 5](#). Le stazioni appaltanti valorizzano economicamente le procedure di affidamento di appalti e concessioni conformi ai criteri ambientali minimi. Nel caso di contratti relativi alle categorie di appalto riferite agli interventi di ristrutturazione, inclusi quelli comportanti demolizione e ricostruzione, i criteri ambientali minimi sono tenuti in considerazione, per quanto possibile, in funzione della tipologia di intervento e della localizzazione delle opere da realizzare, sulla base di adeguati criteri definiti dal Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica.

L'articolo è conforme all'art. 1, co.2, lett. h) della legge delega 78/2022, relativo alle *"clausole sociali"*. L'art. 57, co. 1 è l'ultimo di molti interventi normativi, dovuti ai dubbi sorti sull'art. 50 D.Lgs. 50/2016, esplicitati prima nel **parere del Consiglio di Stato n. 2703 del 21 novembre 2018**, reso all'Adunanza della Commissione speciale del 26 ottobre 2018, e poi nelle **Linee Guida ANAC n. 13**, recanti *«La disciplina delle clausole sociali»*, approvate con la delibera n. 114/2019.

L'ANAC ha inteso sottolineare come le citate Linee Guida *"contengono indicazioni circa e modalità di applicazione e di funzionamento dell'istituto della clausola sociale, da considerare non vincolanti"*.

Secondo la giurisprudenza, l'art. 50 del previgente codice era interpretato nel senso che l'obbligo di prevedere nella documentazione di gara specifiche clausole sociali investiva solo gli affidamenti di appalti e concessioni di lavori e di servizi *"ad alta intensità di manodopera"*.

Si escludeva, invece, che alcuna *"clausola sociale"* potesse essere prevista per appalti e concessioni di lavori e servizi di natura intellettuale.

Negli altri casi l'inserimento della clausola rimaneva una facoltà della stazione appaltante.

L'art. 8, co. 1, lett. 0a-bis L. 120/2020, di conversione in legge, con modificazioni del D.L. 76/2020 ha previsto che *"all'articolo 36, comma 1, le parole: "Le stazioni appaltanti possono, altresì, applicare le disposizioni di cui all'articolo 50" sono sostituite dalle seguenti: "Le stazioni appaltanti applicano le disposizioni di cui all'articolo 50"*.

Prima di tale modifica se l'inserimento della *"clausola sociale"* risultava obbligatorio per i contratti sopra soglia, **per i contratti al di sotto delle soglie comunitarie** esso era una **mera facoltà**.

Si osserva altresì, che l'art. 3, co.1, lett. qq) D.Lgs. 50/2016 definiva le *"clausole sociali"* come *"disposizioni che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione o per accedere a benefici di legge o agevolazioni finanziarie"*.

Il **co. 1** del presente articolo, pertanto, prevede l'**obbligo** per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, avvisi e inviti, specifiche *"clausole sociali"* con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate a garantire la stabilità del personale impiegato.

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

L'applicazione delle clausole sociali, quindi, resta **esclusa** solo per i **servizi di natura intellettuale** e per le **forniture senza posa in opera**.

L'articolo, coerentemente con il criterio della delega, fa riferimento espresso ai **contratti collettivi nazionali e territoriali di settore** ed **elimina** il riferimento legislativo all'art. 51 D.Lgs. 81/2015.

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

Art. 58 – Suddivisione in lotti

- 1. Per garantire la effettiva partecipazione delle micro, delle piccole e delle medie imprese, anche di prossimità, gli appalti sono suddivisi in lotti funzionali, prestazionali o quantitativi in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture.*
- 2. Nel bando o nell'avviso di indizione della gara le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti tenendo conto dei principi europei sulla promozione di condizioni di concorrenza paritarie per le piccole e medie imprese. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese.*
- 3. Nel medesimo atto le stazioni appaltanti indicano i criteri di natura qualitativa o quantitativa concretamente seguiti nella suddivisione in lotti, avuto riguardo ai parametri indicati al comma 2. È in ogni caso vietato l'artificioso accorpamento dei lotti.*
- 4. La stazione appaltante può limitare il numero massimo di lotti per i quali è consentita l'aggiudicazione al medesimo concorrente per ragioni connesse alle caratteristiche della gara e all'efficienza della prestazione, oppure per ragioni inerenti al relativo mercato, anche a più concorrenti che versino in situazioni di controllo o collegamento ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile. Al ricorrere delle medesime condizioni e ove necessario in ragione dell'elevato numero atteso di concorrenti può essere limitato anche il numero di lotti per i quali è possibile partecipare. In ogni caso il bando o l'avviso di indizione della gara contengono l'indicazione della ragione specifica della scelta e prevedono il criterio non discriminatorio di selezione del lotto o dei lotti da aggiudicare al concorrente utilmente collocato per un numero eccedente tale limite.*
- 5. Il bando di gara o la lettera di invito possono anche riservare alla stazione appaltante la possibilità di aggiudicare alcuni o tutti i lotti associati al medesimo offerente, indicando le modalità mediante le quali effettuare la valutazione comparativa tra le offerte sui singoli lotti e le offerte sulle associazioni di lotti.*

La disposizione si ispira al *favor* per la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese (co. 1), declinato nella previsione di **criteri premiali per l'aggregazione d'impresa**, nella possibilità di procedere alla **suddivisione in lotti** sulla base di criteri qualitativi e quantitativi, nell'**obbligo di motivare la mancata suddivisione in lotti** e nel **divieto di accorpamento artificioso** dei lotti medesimi.

L'articolo recepisce, sul piano funzionale, la **Comunicazione 25 giugno 2008** ["Una corsia preferenziale per la piccola impresa" Alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la Piccola Impresa (un "Small Business Act" per l'Europa): secondo la quale "gli Stati membri dovranno cercare di: (...) incoraggiare le loro autorità contraenti a suddividere, ove possibile, i contratti in lotti e rendere più visibili le possibilità di subappalto"].

Emersa la difficoltà di tracciare con esattezza i contorni dei mercati in cui le PMI ricoprono un ruolo rilevante, si è preferito non indicarli, enucleando, piuttosto, i criteri che orientano le scelte discrezionali dell'amministrazione di suddividere e, eventualmente, di come suddividere.

Come chiarito dalla **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato**, infatti, *“la nozione di mercato a fini antitrust si collega infatti alla combinazione di caratteristiche del prodotto e area geografica (elementi sostanzialmente coincidenti con quelli ai quali la giurisprudenza parametrava la legittimità della scelta relativa alla suddivisione in lotti), e soprattutto si basa sulle istruttorie (che sarebbe complesso ipotizzare prima della predisposizione del singolo bando)”*.

Se la legge delega non indica il parametro al quale deve essere conforme l'esercizio del potere discrezionale di scelta fra suddivisione o accorpamento, prevedendo solo l'obbligo di motivazione della scelta, questo però è stato individuato dal diritto vivente (che opera in argomento un sindacato anche molto penetrante: Consiglio di Stato, sez. III, sent. 1857/2019): esso è dato, quindi, sia dalle esigenze connesse alla funzionalità organizzativa e, in genere, alla funzionalità della prestazione contrattuale rispetto all'interesse pubblico ad essa sotteso, sia dalla convenienza economica per la stazione appaltante, normalmente favorita dalla soluzione “aggregante”.

La giurisprudenza, infatti, afferma che la decisione di non suddividere in lotti o di suddividere in macro-lotti, può essere giustificata da *“valutazioni di carattere tecnico-economico”* (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 5224/2017, che espressamente richiama lo Small Business Act; Id., sez. V, n. 5119/2022).

La declinazione di tale canone non è stata sempre pacifica e coerente.

Alcune decisioni hanno ritenuto inidonee generiche esigenze di coordinamento (T.A.R. Milano, II, 2682/2019) o di semplificazione della procedura di gara anche allo scopo di evitare il proliferare dei contenziosi (Consiglio di Stato, III, 861/2019).

Altre decisioni valorizzano invece l'esigenza di *“miglior coordinamento delle prestazioni e di semplificazione e riduzione dei costi di transazione”* (Consiglio di Stato, sez. III, n. 1138/2018; nello stesso senso n. 5224/2017).

Pertanto, il **co. 2** indica, quali parametri legali dell'esercizio del potere discrezionale di accorpamento, le esigenze di funzionalità, anche di natura organizzativa, connesse al contratto e quelle legate al miglioramento della spesa pubblica sub specie economie di scala come possibili motivazioni (astrattamente legittime) di accorpamento, comunque secondo un criterio di proporzionalità.

Nello specifico, sempre la **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** ha sottolineato come *“l'aggettivo “significativo”, alleggerisc[a] l'onere della prova a carico delle stazioni appaltanti (principalmente le centrali di committenza), altrimenti diabolico sul piano economico, e va inteso come “dimostrabili”. Si tratterebbe, in sostanza, di reintrodurre – con maggiori cautele per le MPMI – un testo analogo a quello dell'art.*

2 del codice del 2006: “le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali”.

In considerazione dell’interpretazione in materia resa dalla magistratura contabile, si è sostenuto che la mancata suddivisione sarebbe giustificata quando l’amministrazione dimostra “di aver conseguito una economia di scala rispetto all’opzione del frazionamento in lotti prestazionali” (Corte Conti, Sicilia, 21 ottobre 2019, n. 170).

Ciò posto, sempre nella **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** sono evidenziati i problemi attinenti alla definizione del lotto ed al coordinamento di tale disciplina con l’art. 58 del codice.

Innanzitutto, è stata manifestata la necessità di mantenere inalterate le definizioni normative di **lotto funzionale** (art. 3, comma 1, lett. qq D.Lgs. 50/2016), e **lotto prestazionale** (art. 3, comma 1, lett. gggggg D.Lgs. 50/2016), contenute nella parte sui principi, nella consapevolezza che la disciplina predisposta può funzionare purché a monte rimanga una definizione chiara.

Un secondo problema concerne invece il **quomodo della suddivisione in lotti**.

L’art. 51 D.Lgs. 50/2016, pur non prevedendo un espresso obbligo di motivazione, individuava invece quale parametro un dato funzionale di tipo quantitativo: il valore economico.

La giurisprudenza ha tuttavia articolato il sindacato giurisdizionale su tale scelta discrezionale con **un’indagine sulla complessiva razionalità e logicità della divisione**, enucleando la necessità di una motivazione rafforzata

Si è, inoltre, ritenuto preferibile espungere dall’art. 58 del codice il **divieto di artificiosa frammentazione**, che si rinviene all’art. 14, co. 6 del codice, in riproduzione dell’**art. 35, co. 6 D.Lgs. 50/2016**, secondo cui “un appalto non può essere frazionato per evitare l’applicazione delle norme del codice, tranne nel caso in cui ragioni oggettive lo giustifichino”.

Il **favor** per le **imprese di prossimità**, contenuto nella legge delega e recepito al co. 1, va inteso come tendenza “di sistema”.

Il **co. 3** stabilisce che nel provvedimento con cui la stazione appaltante si determina a suddividere un appalto in più lotti le stesse dovranno indicare quali siano stati i **criteri quantitativi e qualitativi** utilizzati per operare tale suddivisione.

Il **co. 4** ha perimetrato con maggior rigore il proprio **ambito applicativo**: oltre alle richiamate condizioni previste per l’apposizione del vincolo di aggiudicazione (Consiglio di Stato, sez. III, n. 9003/2022), è necessario l’ulteriore presupposto dell’elevato numero di operatori sul mercato e, dunque, di un elevato numero di concorrenti attesi.

Il **co. 5** stabilisce, infine, che il bando di gara o la lettera di invito possono anche riservare alle stazioni appaltanti la possibilità di aggiudicare alcuni o tutti i lotti associati al medesimo offerente, indicando le modalità mediate le quali effettuare la **valutazione comparativa** tra le offerte sui singoli lotti e le offerte sulle associazioni di lotti.

Art. 59 – Accordi quadro

1. *Le stazioni appaltanti possono concludere accordi quadro di durata non superiore a quattro anni, salvo casi eccezionali debitamente motivati, in particolare con riferimento all'oggetto dell'accordo quadro. L'accordo quadro indica il valore stimato dell'intera operazione contrattuale. In ogni caso la stazione appaltante non può ricorrere agli accordi quadro in modo da eludere l'applicazione del codice o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza. In particolare, e salvo quanto previsto dai commi 4, lettera b), e 5 ai fini dell'ottenimento di offerte migliorative, il ricorso all'accordo quadro non è ammissibile ove l'appalto consequenziale comporti modifiche sostanziali alla tipologia delle prestazioni previste nell'accordo.*

2. *Gli appalti basati su un accordo quadro sono aggiudicati secondo le procedure previste dal presente articolo, applicabili tra le stazioni appaltanti, individuate nell'indizione della procedura per la conclusione dell'accordo quadro, e gli operatori economici selezionati in esito alla stessa. Non possono in sede di appalto apportarsi modifiche sostanziali alle condizioni fissate nell'accordo quadro.*

3. *Quando l'accordo quadro sia concluso con un solo operatore economico, gli appalti sono aggiudicati entro i limiti delle condizioni fissate nell'accordo quadro stesso. La stazione appaltante può consultare per iscritto l'operatore economico chiedendogli di completare la sua offerta, se necessario.*

4. *L'accordo quadro concluso con più operatori economici è eseguito secondo una delle seguenti modalità:*

a) *secondo i termini e le condizioni dell'accordo quadro, senza riaprire il confronto competitivo, quando l'accordo quadro contenga tutti i termini che disciplinano la prestazione dei lavori, dei servizi e delle forniture, nonché le condizioni oggettive, stabilite nei documenti di gara dell'accordo quadro, per determinare quale degli operatori economici parti dell'accordo effettuerà la prestazione; l'individuazione dell'operatore economico che effettuerà la prestazione avviene con decisione motivata in relazione alle specifiche esigenze dell'amministrazione;*

b) *riaprendo il confronto competitivo tra gli operatori economici parti dell'accordo quadro, se l'accordo quadro non contiene tutti i termini che disciplinano la prestazione dei lavori, dei servizi e delle forniture;*

c) *sussistendo le condizioni di cui alla lettera a), in parte senza la riapertura del confronto competitivo conformemente a quanto ivi previsto e, in parte, con la riapertura del confronto competitivo conformemente a quanto previsto dalla lettera b), se questa possibilità è stata stabilita dalla stazione appaltante nei documenti di gara per l'accordo quadro. La scelta tra le due procedure avviene in base a criteri oggettivi che sono indicati nei documenti di gara per l'accordo quadro e che stabiliscono anche quali condizioni possono essere soggette alla riapertura del confronto competitivo. Le possibilità previste alla presente lettera si applicano anche a ogni lotto di un accordo quadro per il quale tutti i termini che disciplinano la prestazione dei lavori, dei servizi e delle forniture in questione sono definiti nell'accordo quadro, indipendentemente dal fatto che siano stati stabiliti tutti i termini che disciplinano la prestazione dei lavori, dei servizi e delle forniture in questione per altri lotti.*

5. *Gli eventuali confronti competitivi di cui al comma 4 si basano sulle stesse condizioni applicate all'aggiudicazione dell'accordo quadro, se necessario precisandole, e su altre condizioni indicate nei documenti di gara per l'accordo quadro, secondo la seguente procedura:*

a) *per ogni appalto da aggiudicare la stazione appaltante consulta per iscritto gli operatori economici che sono in grado di eseguire l'oggetto dell'appalto;*

b) *la stazione appaltante fissa un termine sufficiente per presentare le offerte relative a ciascun appalto specifico, tenendo conto della complessità dell'oggetto dell'appalto e del tempo necessario per la trasmissione delle offerte;*

- c) le offerte sono presentate per iscritto e il loro contenuto non è reso pubblico fino alla scadenza del termine previsto per la loro presentazione;
- d) la stazione appaltante aggiudica l'appalto all'offerente che ha presentato l'offerta migliore sulla base dei criteri di aggiudicazione fissati nei documenti di gara per l'accordo quadro.

In assenza di specifiche indicazioni nella legge delega, le modifiche apportate all'istituto (la cui definizione è contenuta all'**art. 2, lett. n) Allegato I.1** ed è rimasta immutata rispetto a quella di cui all'art. 3, comma 1, lett. iii) D.Lgs. 50/2016 in quanto riproduttiva della definizione contenuta nell'art. 33 direttiva 2014/24/UE) constano:

- a) di una **semplificazione lessicale** della **prima parte del co. 1**;
- b) della disciplina della **durata massima** (uniformata a quella, più rigorosa, della direttiva);
- c) dello **spostamento dal co. 6 al co. 1 della clausola anti-abuso**;
- d) dell'inserimento nel **co. 1 dell'obbligo di determinare l'ammontare stimato dell'intera operazione economica**, così da consentire un'effettiva partecipazione (o non partecipazione) concorrenziale delle imprese, sulla base della consapevolezza della stima del valore (come sembrerebbe ricavarsi dai principi enunciati dalla Corte di Giustizia);
- e) della **soppressione del co. 6**, relativo ai settori speciali, costituente l'unica parte della disposizione vigente aggiunta rispetto al testo dell'art. 33 della direttiva.

Per quanto riguarda la formulazione della clausola anti-abuso, i componenti tecnici della Commissione delegata hanno sottolineato che nella pratica (soprattutto per i lavori) era invalsa la prassi di ricorrere all'applicazione dell'accordo quadro anche per attività affatto standardizzabili e prive di qualsivoglia progettualità, rappresentando così l'opportunità di chiarire i limiti dell'istituto. I componenti tecnici avevano anche sollecitato la possibilità di fare riferimento all'**art. 3 d.P.R. 380/2001**, in modo da introdurre un precetto che consentisse l'accordo quadro soltanto nelle ipotesi di manutenzione ordinaria.

Tale ultimo suggerimento non è stato accolto, in quanto è sembrato eccessivamente perimetrativo, a fronte del tenore dei **considerando 60 e 61** della direttiva.

È stato pertanto **inserito alla fine del co. 1** il seguente inciso: *"In particolare, e salvo quanto previsto dai commi 4, lett. b), e 5 ai fini dell'ottenimento di offerte migliorative, il ricorso all'accordo quadro non è ammissibile ove l'appalto consequenziale comporti modifiche sostanziali alla tipologia delle prestazioni previste nell'accordo"*.

Il **co. 2** prevede che l'aggiudicazione dei contratti a valle avvenga secondo quanto previsto dai commi successivi e che, comunque, in tali contratti **non si possono apportare modifiche sostanziali** alle condizioni fissate nell'accordo quadro.

I **co. 3-4** stabiliscono diverse **modalità di esecuzione negoziale degli accordi quadro**, a seconda del fatto che essi siano stati conclusi con un solo operatore economico, ovvero con più operatori:

stabilendo solo nel secondo caso (e solo in via eventuale: qualora l'accordo quadro non contenga tutti i termini che disciplinano la prestazione dei lavori, dei servizi e delle forniture) diverse modalità di riapertura, totale o parziale, del confronto competitivo.

Infine, il **co. 5** disciplina la **procedura di riapertura del confronto competitivo**, laddove ammesso.

Art. 60 – Revisione prezzi

1. *Nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento è obbligatorio l'inserimento delle clausole di revisione prezzi.*

2. *Queste clausole non apportano modifiche che alterino la natura generale del contratto o dell'accordo quadro; si attivano al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva che determinano una variazione del costo dell'opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al 5 per cento dell'importo complessivo e operano nella misura dell'80 per cento della variazione stessa, in relazione alle prestazioni da eseguire.*

3. *Ai fini della determinazione della variazione dei costi e dei prezzi di cui al comma 1, si utilizzano i seguenti indici sintetici elaborati dall'ISTAT:*

a) con riguardo ai contratti di lavori, gli indici sintetici di costo di costruzione;

b) con riguardo ai contratti di servizi e forniture, gli indici dei prezzi al consumo, dei prezzi alla produzione dell'industria e dei servizi e gli indici delle retribuzioni contrattuali orarie.

4. *Gli indici di costo e di prezzo di cui al comma 3 sono pubblicati, unitamente alla relativa metodologia di calcolo, sul portale istituzionale dell'ISTAT in conformità alle pertinenti disposizioni normative europee e nazionali in materia di comunicazione e diffusione dell'informazione statistica ufficiale. Con provvedimento adottato dal Ministero dell'infrastrutture e dei trasporti, sentito l'ISTAT, sono individuate eventuali ulteriori categorie di indici ovvero ulteriori specificazioni tipologiche o merceologiche delle categorie di indici individuate dal comma 3 nell'ambito degli indici già prodotti dall'ISTAT.*

5. *Per far fronte ai maggiori oneri derivanti dalla revisione prezzi di cui al presente articolo le stazioni appaltanti utilizzano:*

a) nel limite del 50 per cento, le risorse appositamente accantonate per imprevisti nel quadro economico di ogni intervento, fatte salve le somme relative agli impegni contrattuali già assunti, e le eventuali ulteriori somme a disposizione della medesima stazione appaltante e stanziare annualmente relativamente allo stesso intervento;

b) le somme derivanti da ribassi d'asta, se non ne è prevista una diversa destinazione dalle norme vigenti;

c) le somme disponibili relative ad altri interventi ultimati di competenza della medesima stazione appaltante e per i quali siano stati eseguiti i relativi collaudi o emessi i certificati di regolare esecuzione, nel rispetto delle procedure contabili della spesa e nei limiti della residua spesa autorizzata disponibile.

L'art. 60 del Codice disciplina la cd. **"revisione prezzi"**, ossia la modifica del corrispettivo economico di un contratto pubblico in corso di esecuzione.

Il previgente **art. 106, co. 1, lett. a) D.Lgs. 50/2016** consentiva la revisione prezzi in un **momento successivo alla stipulazione del contratto di appalto** soltanto qualora l'Amministrazione avesse, in origine, inserito delle clausole *“chiare, precise ed inequivocabili”* nella documentazione di gara.

In seguito, l'**art. 29 D.L. 4/2022** ha imposto - **transitoriamente e fino al 31 dicembre 2023** - alle amministrazioni di inserire delle clausole di revisione del prezzo nella *lex specialis* delle gare pubbliche d'appalto.

L'art. 1, co. 2, lett. g) della legge delega 78/2022 ha previsto *“l'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, negli avvisi e inviti, in relazione alle diverse tipologie di contratti pubblici, un regime obbligatorio di revisione dei prezzi al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva e non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta, compresa la variazione del costo derivante dal rinnovo dei contratti collettivi nazionali di lavoro sottoscritti dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicabili in relazione all'oggetto dell'appalto e delle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, stabilendo che gli eventuali oneri derivanti dal suddetto meccanismo di revisione dei prezzi siano a valere sulle risorse disponibili del quadro economico degli interventi e su eventuali altre risorse disponibili per la stazione appaltante da utilizzare nel rispetto delle procedure contabili di spesa”*. In esecuzione di tale criterio di delega è stato reso **obbligatorio**, con il **co. 1**, l'inserimento nei documenti di gara della clausola di revisione prezzi.

Tra i possibili meccanismi di funzionamento della revisione (**sistemi di compensazione o di indicizzazione**) il **co. 2** tipizza un **modello di indicizzazione** (analogo a quello francese), allo scopo di facilitare e rendere più rapida e “sicura” l'applicazione della revisione.

Si prevede, inoltre, che all'origine delle variazioni dei prezzi che renderanno attivabile il meccanismo della revisione vi siano particolari **condizioni di natura oggettiva**.

Al fine di rendere la nuova disciplina della revisione prezzi autoesecutiva ed il conseguente meccanismo progettato immediatamente operativo, il **co. 3** rinvia agli **indici sintetici** delle variazioni dei prezzi relativi ai contratti di lavori, servizi e forniture elaborati dall'ISTAT.

Ultimo profilo per l'effettività del sistema è quello del **finanziamento dei maggiori oneri derivanti dalla revisione** che dovrà avvenire nel rispetto delle procedure contabili di spesa (**co. 5**).

Art. 61 – Contratti riservati

1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e quelle di concessione o possono riservarne l'esecuzione a operatori economici e a cooperative sociali e loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate, o possono riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il

30 per cento dei lavoratori dei suddetti operatori economici sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati.

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

3. Il bando di gara o l'avviso di pre-informazione danno espressamente atto che si tratta di appalto o concessione riservati.

4. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato II.3 prevede meccanismi e strumenti premiali per realizzare le pari opportunità generazionali e di genere e per promuovere l'inclusione lavorativa delle persone disabili. Si considerano soggetti con disabilità quelli di cui all'articolo 1 della legge 12 marzo 1999, n. 68, le persone svantaggiate, quelle previste dall'articolo 4 della legge 8 novembre 1991, n. 381, gli ex degenti di ospedali psichiatrici, anche giudiziari, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, le persone detenute o internate negli istituti penitenziari, i condannati e gli internati ammessi alle misure alternative alla detenzione e al lavoro all'esterno ai sensi dell'articolo 21 della legge 26 luglio 1975, n. 354.

5. L'allegato II.3 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta delle Autorità delegate per le pari opportunità e per le disabilità, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

In linea con l'art. 1, co. 2, lett. h) della legge delega 78/2022, in materia di "appalti riservati", si prevede, per le stazioni appaltanti, la "facoltà" di riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e di concessione o di riservarne l'esecuzione a operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate.

Il **considerando n. 2 della direttiva 24/2014/UE**, infatti, chiarisce come gli appalti pubblici siano il mezzo per una "crescita intelligente, sostenibile e inclusiva" che debba tendere anche al «conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale». In quest'ottica "lavoro e occupazione contribuiscono all'integrazione nella società e sono elementi chiave per garantire pari opportunità a tutti" (**considerando n. 36**).

L'articolo, pertanto, mantiene l'ampliamento dei soggetti cui riservare le procedure di gara: da un lato, le imprese sociali, le cooperative e i loro consorzi, dall'altro qualsiasi altra impresa che impieghi almeno il 30% composto da lavoratori disabili o svantaggiati.

In particolare, il **co. 1** ripropone quanto previsto all'**art. 20 della direttiva 2014/24/UE**, già trasposto nell'**art. 112, co.1 D.Lgs. 50/2016**.

Il **co. 2** introduce la possibilità per le stazioni appaltanti di prevedere "meccanismi e strumenti di premialità per realizzare le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate": è così prevista la possibilità di attivare contratti "a causa mista", la cui

finalità non sia solo l'acquisizione della prestazione del bene, servizio o lavoro, ma anche la possibilità di favorire l'inserimento socio-lavorativo di soggetti meritevoli di particolare tutela.

Il **co. 3** ripropone l'**art. 112, co. 3 D.Lgs. 50/2016**.

Il **co. 4** si riferisce all'**Allegato II.3** per la individuazione della platea dei soggetti beneficiari della disposizione: ivi sono state trasfuse numerose disposizioni contenute nell'**art. 47 D.L. 77/2021**.

Al **co. 5** si prevede che, in sede di prima applicazione del codice, l'Allegato II.3 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, co. 3, L. 400/1988, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta dell'Autorità delegata per le pari opportunità e per le disabilità, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice

PARTE III

DEI SOGGETTI

TITOLO I

LE STAZIONI APPALTANTI

Art. 62 – Aggregazione e centralizzazione delle committenze

1. Tutte le stazioni appaltanti, fermi restando gli obblighi di utilizzo di strumenti di acquisto e di negoziazione previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa, possono procedere direttamente e autonomamente all'acquisizione di forniture e servizi di importo non superiore alle soglie previste per gli affidamenti diretti, e all'affidamento di lavori d'importo pari o inferiore a 500.000 euro, nonché attraverso l'effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate e dai soggetti aggregatori.

2. Per effettuare le procedure di importo superiore alle soglie indicate dal comma 1, le stazioni appaltanti devono essere qualificate ai sensi dell'articolo 63 e dell'allegato II.4. Per le procedure di cui al primo periodo, l'ANAC non rilascia il codice identificativo di gara (CIG) alle stazioni appaltanti non qualificate.

3. L'allegato di cui al comma 2 indica i requisiti necessari per ottenere la qualificazione e disciplina i requisiti premianti. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato II.4 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture

e dei trasporti sentita l'ANAC, previa intesa in sede di Conferenza unificata, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

4. L'allegato di cui al comma 2 può essere integrato con la disciplina di ulteriori misure organizzative per la efficace attuazione del presente articolo, dell'articolo 63 e del relativo regime sanzionatorio, nonché per il coordinamento, in capo all'ANAC, dei soggetti aggregatori.

5. Le stazioni appaltanti qualificate, fatto salvo quanto previsto al comma 1 del presente articolo e al comma 8 dell'articolo 63, possono:

- a) effettuare, in funzione dei livelli di qualificazione posseduti, gare di importo superiore alle soglie indicate al comma 1 del presente articolo;
- b) acquisire lavori, servizi e forniture avvalendosi di una centrale di committenza qualificata;
- c) svolgere attività di committenza ausiliaria ai sensi del comma 11;
- d) procedere mediante appalto congiunto ai sensi del comma 14;
- e) procedere mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione secondo la normativa vigente dalle centrali di committenza qualificate;
- f) procedere all'effettuazione di ordini su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza anche per importi superiori ai livelli di qualificazione posseduti, con preliminare preferenza per il territorio regionale di riferimento. Se il bene o il servizio non è disponibile o idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno della stazione appaltante, oppure per ragioni di convenienza economica, la stazione appaltante può agire, previa motivazione, senza limiti territoriali;
- g) eseguono i contratti per conto delle stazioni appaltanti non qualificate nelle ipotesi di cui al comma 6, lettera g).

6. Le stazioni appaltanti non qualificate ai sensi del comma 2 dell'articolo 63, fatto salvo quanto previsto dal comma 1 del presente articolo:

- a) procedono all'acquisizione di forniture, servizi e lavori ricorrendo a una centrale di committenza qualificata;
- b) ricorrono per attività di committenza ausiliaria di cui all'articolo 3, comma 1, lettera z), dell'allegato I.1 a centrali di committenza qualificate e a stazioni appaltanti qualificate;
- c) procedono ad affidamenti per servizi e forniture di importo inferiore alla soglia europea di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 14 nonché ad affidamenti di lavori di manutenzione ordinaria d'importo inferiore a 1 milione di euro mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate secondo la normativa vigente;
- d) effettuano ordini su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate e dai soggetti aggregatori, con preliminare preferenza per il territorio regionale di riferimento. Se il bene o il servizio non è disponibile o idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno della stazione appaltante, oppure per ragioni di convenienza economica, la stazione appaltante può agire, previa motivazione, senza limiti territoriali;
- e) eseguono i contratti per i quali sono qualificate per l'esecuzione;
- f) eseguono i contratti affidati ai sensi delle lettere b) e c);
- g) qualora non siano qualificate per l'esecuzione, ricorrono a una stazione appaltante qualificata, a una centrale di committenza qualificata o a soggetti aggregatori; in tal caso possono provvedere alla nomina di un supporto al RUP della centrale di committenza affidante.

7. Le centrali di committenza sono indicate nella specifica sezione di cui all'articolo 63, comma 1. In relazione ai requisiti di qualificazione posseduti esse:

- a) progettano, aggiudicano e stipulano contratti o accordi quadro per conto delle stazioni appaltanti non qualificate;
- b) progettano, aggiudicano e stipulano contratti o accordi quadro per conto delle stazioni appaltanti qualificate;
- c) progettano, aggiudicano e stipulano convenzioni e accordi quadro ai quali le stazioni appaltanti qualificate e non qualificate possono aderire per l'aggiudicazione di propri appalti specifici;
- d) istituiscono e gestiscono sistemi dinamici di acquisizione e mercati elettronici di negoziazione;
- e) eseguono i contratti per conto delle stazioni appaltanti non qualificate nelle ipotesi di cui al comma 6, lettera g).
8. L'allegato II.4 può essere integrato con una disciplina specifica sul funzionamento e sugli ambiti di riferimento delle centrali di committenza, in applicazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza.
9. Il ricorso alla stazione appaltante qualificata o alla centrale di committenza qualificata è formalizzato mediante un accordo ai sensi dell'articolo 30 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, o ai sensi dell'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, o mediante altra modalità disciplinante i rapporti in funzione della natura giuridica della centrale di committenza. Fermi restando gli obblighi per le amministrazioni tenute all'utilizzo degli strumenti di acquisto e negoziazione messi a disposizione dai soggetti aggregatori, le stazioni appaltanti qualificate e le centrali di committenza qualificate possono attivare convenzioni cui possono aderire le restanti amministrazioni di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, indipendentemente dall'ambito territoriale di collocazione della stazione appaltante o centrale di committenza qualificata.
10. Le stazioni appaltanti non qualificate consultano sul sito istituzionale dell'ANAC l'elenco delle stazioni appaltanti qualificate e delle centrali di committenza qualificate. La domanda di svolgere la procedura di gara, rivolta dalla stazione appaltante non qualificata a una stazione appaltante qualificata o a una centrale di committenza qualificata, si intende accolta se non riceve risposta negativa nel termine di dieci giorni dalla sua ricezione. In caso di risposta negativa, la stazione appaltante non qualificata si rivolge all'ANAC, che provvede entro quindici giorni all'assegnazione d'ufficio della richiesta a una stazione appaltante qualificata o a una centrale di committenza qualificata, individuata sulla base delle fasce di qualificazione di cui all'articolo 63, comma 2. Eventuali inadempienze rispetto all'assegnazione d'ufficio di cui al terzo periodo possono essere sanzionate ai sensi dell'articolo 63, comma 11, secondo periodo.
11. Le centrali di committenza qualificate e le stazioni appaltanti qualificate per i livelli di cui all'articolo 63, comma 2, lettere b) e c) possono svolgere, in relazione ai requisiti di qualificazione posseduti, attività di committenza ausiliarie in favore di altre centrali di committenza o per una o più stazioni appaltanti senza vincolo territoriale con le modalità di cui al comma 9, primo periodo. Resta fermo quanto previsto dall'articolo 9 del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66 convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89. Al di fuori dei casi di cui al primo periodo, le stazioni appaltanti possono ricorrere, per le attività di committenza ausiliarie, ad esclusione delle attività di cui all'articolo 3, comma 1, lettera z), punto 4, dell'allegato I.1, a prestatori di servizi individuati attraverso le procedure di cui al codice.
12. La stazione appaltante, nell'ambito delle procedure di committenza, è responsabile del rispetto del codice per le attività a essa direttamente imputabili, quali:
- a) l'aggiudicazione di un appalto nel quadro di un sistema dinamico di acquisizione gestito da una centrale di committenza;

b) lo svolgimento della riapertura del confronto competitivo nell'ambito di un accordo quadro concluso da una centrale di committenza;

c) ai sensi dell'articolo 59, comma 4, lettere a) e c), la determinazione di quale tra gli operatori economici parte dell'accordo quadro svolgerà un determinato compito nell'ambito di un accordo quadro concluso da una centrale di committenza.

13. Le centrali di committenza e le stazioni appaltanti che svolgono attività di committenza anche ausiliaria sono direttamente responsabili per le attività di centralizzazione della committenza svolte per conto di altre stazioni appaltanti o enti concedenti. Esse nominano un RUP, che cura i necessari raccordi con la stazione appaltante beneficiaria dell'intervento, la quale a sua volta nomina un responsabile del procedimento per le attività di propria pertinenza.

14. Due o più stazioni appaltanti possono decidere di svolgere congiuntamente, ai sensi dell'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, una o più fasi della procedura di affidamento o di esecuzione di un appalto o di un accordo quadro di lavori, servizi e forniture, purché almeno una di esse sia qualificata allo svolgimento delle fasi stesse in rapporto al valore del contratto. Le stazioni appaltanti sono responsabili in solido dell'adempimento degli obblighi derivanti dal codice. Esse nominano un unico RUP in comune tra le stesse in capo alla stazione appaltante delegata. Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 15. Se la procedura di aggiudicazione è effettuata congiuntamente solo in parte, le stazioni appaltanti interessate sono congiuntamente responsabili solo per quella parte. Ciascuna stazione appaltante è responsabile dell'adempimento degli obblighi derivanti dal codice unicamente per quanto riguarda le parti da essa svolte a proprio nome e per proprio conto.

15. Fermi restando gli obblighi di utilizzo degli strumenti di acquisto e di negoziazione previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa, nell'individuazione della stazione appaltante o centrale di committenza qualificata, anche ubicata in altro Stato membro dell'Unione europea, le stazioni appaltanti procedono sulla base del principio di buon andamento dell'azione amministrativa, dandone adeguata motivazione.

16. Le stazioni appaltanti possono ricorrere a una centrale di committenza ubicata in altro Stato membro dell'Unione europea per le attività di centralizzazione delle committenze svolte nella forma di acquisizione centralizzata di forniture o servizi a stazioni appaltanti oppure nella forma di aggiudicazione di appalti o conclusione di accordi quadro per lavori, forniture o servizi destinati a stazioni appaltanti. La fornitura di attività di centralizzazione delle committenze da parte di una centrale di committenza ubicata in altro Stato membro è effettuata conformemente alle disposizioni nazionali dello Stato membro in cui è ubicata la centrale di committenza.

17. Dall'applicazione del presente articolo e dell'articolo 63 sono esclusi le imprese pubbliche e i soggetti privati titolari di diritti speciali o esclusivi quando svolgono una delle attività previste dagli articoli da 146 a 152. Con modifiche e integrazioni all'allegato II.4 possono essere disciplinati i criteri di qualificazione per gli enti e i soggetti di cui al primo periodo e le regole di iscrizione nell'elenco ANAC, oltre che le regole di funzionamento e gli ambiti di riferimento delle relative centrali di committenza. 18. La progettazione, l'affidamento e l'esecuzione di contratti di partenariato pubblico-privato possono essere svolti da soggetti qualificati per i livelli di cui all'articolo 63, comma 2, lettere b) e c).

Come evidenziato dalla **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato**, "gli artt. 62 e 63 del Codice, "sostitutivi" degli artt. 37, 38 e 39 D.Lgs. 50/2016, disegnano il composito sistema soggettivo dei contratti

pubblici, dal lato delle stazioni appaltanti, con l'indicazione delle attività che simili soggetti possono porre in essere e del ruolo che rivestono le centrali di committenza e le stazioni appaltanti qualificate in relazione alla finalità di aggregazione e qualificazione della domanda pubblica".

Il testo tiene conto del tavolo di lavoro istituito dalla PCM e coordinato dall'ANAC e delle **Linee Guida ANAC**, approvate con **deliberazione 28 settembre 2022, n. 441**.

Il sistema così delineato ha **natura "aperta"**: tutti i soggetti che siano muniti dei requisiti necessari ottengono la qualificazione.

I requisiti di qualificazione sono declinati specificamente dalle Linee Guida approvate da ANAC, recepite nell'**Allegato II.4**, in modo da garantire l'entrata in vigore della disciplina della qualificazione nei tempi previsti.

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

- le **stazioni appaltanti e le centrali di committenza qualificate** per la progettazione e per l'affidamento di lavori, di servizi e forniture o di entrambe le tipologie contrattuali che sono qualificate, in una prima fase sperimentale, anche per l'esecuzione rispettivamente di lavori, di servizi e forniture o di entrambe le tipologie contrattuali;
- le **stazioni appaltanti non qualificate** per la progettazione e l'affidamento di lavori, di servizi e forniture o di entrambe le tipologie contrattuali che possono, in una prima fase sperimentale, eseguire i contratti se sono iscritte ad AUSA e in possesso di una figura tecnica in grado di svolgere le funzioni di RUP.

L'**art. 39 D.Lgs. 50/2016** (attività di committenza ausiliarie) è stato **soppresso**; le disposizioni finora ivi contenute sono confluite nell'**art. 62, co. 11 del codice**.

L'articolo in commento individua la soglia degli affidamenti diretti per servizi e forniture nonché quella (di cinquecentomila euro) per i lavori, quale limite oltre il quale si applica il **regime di qualificazione**: le procedure di affidamento di importo inferiore possono invece essere gestite da tutte le stazioni appaltanti (**co. 1**).

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

I requisiti di qualificazione sono indicati nell'**Allegato II.4**, nei termini specificati nell'**art. 63 (co. 3)**. Si è poi previsto che, in sede di prima applicazione del codice, l'allegato è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, comma 3, della L. 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti sentita l'ANAC, previa intesa in sede di Conferenza unificata, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

Si prevede, inoltre, che l'allegato possa essere integrato con la disciplina di ulteriori misure organizzative per la efficace attuazione degli articoli 62 e 63, nonché del relativo regime sanzionatorio e per il coordinamento, in capo all'ANAC, dei soggetti aggregatori.

Il **co. 5** indica le attività che possono essere compiute dalle **stazioni appaltanti qualificate**, che in funzione del loro livello di qualificazione possono effettuare gare di importo superiore alla soglia, acquisire lavori, servizi e forniture avvalendosi degli strumenti messi a disposizione dalle centrali di committenza, oltre che svolgere attività di committenza ausiliaria e appalti congiunti (disciplinati al co. 14), utilizzare strumenti telematici di negoziazione, effettuare ordini su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza.

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

Il perimetro delle attività esperibili è ampio, in quanto si consente di:

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

Le stazioni appaltanti non qualificate per l'esecuzione ricorrono, laddove non abbiano comunque facoltà esecutive nei casi espressamente previsti, a una centrale di committenza, potendo **nominare un supporto al RUP** della centrale di committenza affidante.

Il **co. 7** disciplina le attività di progettazione e affidamento, nonché di implementazione di convenzioni e accordi quadro, sistemi dinamici di acquisizione e mercati elettronici di negoziazione, che possono essere svolte dalle centrali di committenza, a favore di stazioni appaltanti qualificate e non qualificate.

Il **co. 8** prevede il funzionamento e gli ambiti di riferimento delle centrali di committenza, con possibile integrazione dell'**Allegato II.4**.

Al **co. 9** sono definite le modalità di regolamentazione del rapporto che intercorre fra stazione appaltante e centrale di committenza: quest'ultima è scelta sulla base del **principio di buon andamento dell'azione amministrativa (co. 15)** e può essere ubicata **anche in altro Stato membro dell'Unione europea (co. 16)**.

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

Si ricorre al **silenzio assenso** sulla domanda di svolgere la procedura di gara, rivolta dalla stazione appaltante non qualificata alla centrale di committenza, e ad un meccanismo di **assegnazione d'ufficio di una centrale di committenza** da parte di ANAC in ipotesi di risposta negativa.

Con **Delibera n. 266 del 20 giugno 2023** l'ANAC ha adottato il "Regolamento per l'assegnazione d'ufficio di una stazione appaltante o centrale di committenza qualificata, ai sensi dell'art. 62, comma 10, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36".

È disciplinata al **co. 11** l'attività di committenza ausiliaria che può essere svolta dalle centrali di committenza qualificate e dalle stazioni appaltanti qualificate per i livelli intermedio e avanzato.

Viene prevista la **ripartizione di responsabilità** fra i vari soggetti coinvolti nelle attività di committenza (**co. 12 e 13**).

Al **co. 17** si **escludono dal sistema di qualificazione** le imprese pubbliche e i soggetti privati titolari di diritti speciali o esclusivi quando svolgono una delle attività previste dalla disciplina dei settori speciali: è comunque prevista la possibilità di integrazione dell'**Allegato II.4**, al fine di disciplinare i relativi criteri di qualificazione, oltre che le regole di funzionamento e gli ambiti di riferimento delle relative centrali di committenza.

Per la progettazione, l'affidamento e l'esecuzione dei contratti di PPP è necessaria, ai sensi del **co. 18**, una **qualificazione almeno di livello intermedio**.

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

1. Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 62, è istituito presso l'ANAC, che ne assicura la gestione e la pubblicità, un elenco delle stazioni appaltanti qualificate di cui fanno parte, in una specifica sezione, anche le centrali di committenza, ivi compresi i soggetti aggregatori. Ciascuna stazione appaltante o centrale di committenza che soddisfi i requisiti di cui all'allegato II.4 consegue la qualificazione ed è iscritta nell'elenco di cui al primo periodo.

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

a) qualificazione base o di primo livello, per servizi e forniture fino alla soglia di 750.000 euro e per lavori fino a 1 milione di euro;

b) qualificazione intermedia o di secondo livello, per servizi e forniture fino a 5 milioni di euro e per lavori fino alla soglia di cui all'articolo 14;

c) qualificazione avanzata o di terzo livello, senza limiti di importo.

3. Ogni stazione appaltante o centrale di committenza può effettuare le procedure corrispondenti al livello di qualificazione posseduto e a quelli inferiori. Per i livelli superiori si applica il comma 6 dell'articolo 62.

4. Sono iscritti di diritto nell'elenco di cui al comma 1 il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, compresi i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche, Consip S.p.a., Invitalia - Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.a., Difesa servizi S.p.A., l'Agenzia del demanio, i soggetti aggregatori di cui all'articolo 9 del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, Sport e salute S.p.a. In sede di prima applicazione le stazioni appaltanti delle unioni di comuni, costituite nelle forme previste dall'ordinamento, delle provincie e delle città metropolitane, dei comuni capoluogo di provincia e delle regioni sono iscritte con riserva nell'elenco di cui all'articolo 63, comma 1, primo periodo. Eventuali ulteriori iscrizioni di diritto possono essere disposte con

decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, sentita l'ANAC, previa intesa in sede della Conferenza unificata.

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

a) la capacità di progettazione tecnico-amministrativa delle procedure;

b) la capacità di affidamento e controllo dell'intera procedura;

c) la capacità di verifica sull'esecuzione contrattuale, ivi incluso il collaudo e la messa in opera.

6. Le stazioni appaltanti e le centrali di committenza possono essere qualificate anche solo per l'acquisizione di lavori oppure di servizi e forniture. Le stazioni appaltanti e le centrali di committenza per svolgere attività di progettazione e affidamento devono essere qualificate almeno nella seconda fascia. Esse programmano la loro attività coordinandosi nel rispetto del principio di leale collaborazione.

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

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

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

9. Le amministrazioni la cui organizzazione prevede articolazioni, anche territoriali, verificano la sussistenza dei requisiti di cui al comma 7 in capo alle medesime strutture e ne danno comunicazione all'ANAC per la qualificazione.

10. In relazione al parametro di cui alla lettera b) del comma 7, la Scuola Nazionale dell'Amministrazione definisce i requisiti per l'accreditamento delle istituzioni pubbliche o private, senza finalità di lucro, che svolgono attività formative, procedendo alla verifica, anche a campione, della sussistenza dei requisiti stessi e provvede alle conseguenti attività di accreditamento nonché alla revoca dello stesso nei casi di accertata carenza dei requisiti.

11. In nessun caso i soggetti interessati possono comprovare il possesso dei requisiti di qualificazione ricorrendo ad artifici tali da eluderne la funzione. L'ANAC, per accertati casi di gravi violazioni delle disposizioni di cui al presente articolo, può irrogare una sanzione entro il limite minimo di euro 500 euro e il limite massimo di euro 1 milione e, nei casi più gravi, disporre la sospensione della qualificazione precedentemente ottenuta. Costituiscono gravi violazioni le dichiarazioni dolosamente tese a dimostrare il possesso di requisiti di qualificazione non sussistenti, ivi comprese, in particolare: a) per le centrali di committenza, la dichiarata presenza di un'organizzazione stabile nella quale il personale continui di fatto a operare per l'amministrazione di provenienza; b) per le stazioni appaltanti e le centrali di committenza, la dichiarata presenza di personale addetto alla struttura organizzativa stabile, che sia di fatto impegnato in altre attività; c) la mancata comunicazione all'ANAC della perdita dei requisiti.

12. Se la qualificazione viene meno o è sospesa, le procedure in corso sono comunque portate a compimento.

13. L'ANAC stabilisce i requisiti e le modalità attuative del sistema di qualificazione di cui all'allegato II.4, rilasciando la qualificazione medesima. L'ANAC può stabilire ulteriori casi in cui può essere disposta la

qualificazione con riserva, finalizzata a consentire alla stazione appaltante e alla centrale di committenza, anche per le attività ausiliarie, di acquisire la capacità tecnica ed organizzativa richiesta.

L'art. 63 disciplina il **sistema di qualificazione**, tramite un apposito elenco delle stazioni appaltanti qualificate di cui fanno parte, in una specifica sezione, anche le centrali di committenza, ivi compresi i soggetti aggregatori, che l'**art. 1, co.1-4 Allegato I** definisce come "soggetti di cui all'articolo 9 del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66 iscritti di diritto nell'elenco Anac".

L'elenco, gestito dall'ANAC (che, al **co. 13**, ne stabilisce anche le modalità attuative) è aperto in quanto soggetto a periodici aggiornamenti ed in esso vengono iscritti di diritto i soggetti indicati al **co. 4**.

I **requisiti di qualificazione** per la progettazione e l'affidamento sono disciplinati dall'**Allegato II.4** nel rispetto di quanto previsto al co. 5 e al co. 10 (**co. 7**).

L'Allegato II.4 recepisce le **Linee Guida ANAC** approvate con **deliberazione 28 settembre 2022 n. 441**.

I **co. 2-3** prevedono **tre livelli di qualificazione** per progettazione e affidamento, mentre il **co. 6** disciplina l'ipotesi in cui la qualificazione sia conseguita anche solo per l'acquisizione di lavori oppure di servizi e forniture: si precisa che le centrali di committenza e i soggetti aggregatori per svolgere attività di progettazione e affidamento devono essere qualificati almeno nella seconda fascia.

I requisiti di qualificazione per l'esecuzione sono indicati separatamente nell'**Allegato II.4**, che dispone altresì una **disciplina transitoria** specifica relativa a tale fase (**co. 8**).

Il **co. 11** prevede una **disposizione antielusiva** con riguardo all'attività di attestazione del possesso dei requisiti di qualificazione e un **sistema sanzionatorio** volto a compulsare il corretto adeguamento al sistema di qualificazione: è disposta l'irrogazione di una **sanzione amministrativa pecuniaria** e, nei casi più gravi, la **sospensione dalla qualificazione**, specificando il **co. 12** che, in tal caso, le procedure avviate debbono essere portate a compimento.

Art. 64 – Appalti che coinvolgono stazioni appaltanti di Stati membri diversi

1. Le stazioni appaltanti possono rivolgersi a centrali di committenza ubicate in un altro Stato membro dell'Unione europea che svolgono la propria attività in conformità alle disposizioni nazionali dello Stato membro in cui sono ubicate.

2. Amministrazioni ed enti di diversi Stati membri possono congiuntamente aggiudicare un appalto pubblico, concludere un accordo quadro o gestire un sistema dinamico di acquisizione tramite accordi che determinino:

- a) la disciplina nazionale applicabile;
- b) le responsabilità delle parti;

c) le modalità di gestione della procedura e i termini di stipulazione dei contratti e di esecuzione dei lavori, delle forniture o dei servizi.

3. Se più amministrazioni di diversi Stati membri hanno istituito un soggetto congiunto comprendendo i gruppi europei di cooperazione territoriale di cui al regolamento (CE) n. 1082/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006 o altri soggetti istituiti in base al diritto dell'Unione europea, stabiliscono con apposito accordo che alle relative procedure di appalto si applichino, in alternativa:

- a) le disposizioni nazionali dello Stato membro nel quale il soggetto congiunto ha la sua sede sociale;*
- b) le disposizioni nazionali dello Stato membro in cui il soggetto congiunto esercita le sue attività.*

4. In base a quanto stabilito nell'atto costitutivo del soggetto congiunto, gli accordi del presente articolo possono applicarsi per un periodo indeterminato o a una generalità di appalti, oppure essere limitati a un periodo determinato, ad alcuni tipi di appalti o ad una o più aggiudicazioni di singoli appalti.

L'art. 64 si rifà all'**art. 43 D.Lgs. 50/2016** (appalti che coinvolgono amministrazioni aggiudicatrici e enti aggiudicatori di Stati membri diversi), semplificato nel testo e con una formulazione più aderente all'**art. 39, par. 5 della direttiva 24/2014/UE**.

TITOLO II

GLI OPERATORI ECONOMICI

Art. 65 – Operatori economici

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

2. Rientrano nella definizione di operatori economici:

- a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, e le società, anche cooperative;*
- b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577;*
- c) i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443;*
- d) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro; i consorzi stabili sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa;*
- e) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti o costituendi dai soggetti di cui alle lettere a), b), c) e d), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con*

rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti;

f) i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti o costituendi tra i soggetti di cui alle lettere a), b), c) e d) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile; g) le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete ai sensi dell'articolo 3, comma 4-ter, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33; h) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240.

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

La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato**, nell'introdurre il Titolo II, dedicato agli operatori economici, ha individuato i seguenti profili di novità:

“- ha mantenuto, all'art. 66, sostanzialmente immutato l'art. 46 del decreto legislativo n. 50 del 2016, salva la modifica introdotta al comma 2, nel quale si fa riferimento a un decreto del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, che stabilirà i requisiti minimi ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento dei soggetti ivi indicati;

- all'art. 67 ha formulato il rinvio al regolamento di cui all'art. 100, comma 4 per la disciplina dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria necessari che devono possedere i consorzi per imprese artigiane e i consorzi stabili, nonché i consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria per partecipare alle gare, oltre a disciplinare il regime transitorio, ed è dettata una specifica disciplina per i requisiti dei consorzi fra società cooperative;

- all'art. 68, in ragione della sentenza della Corte di giustizia, sez. IV, 28 aprile 2022, in causa C-642/20 (punti 38, 39 e 40: nonostante gli artt. 19 e 63 direttiva, non è ammissibile che uno Stato membro predetermini le modalità esecutive all'interno del raggruppamento, lo può fare in certi casi l'Amministrazione), si è configurato l'istituto del raggruppamento senza ricorrere agli istituti del raggruppamento orizzontale e del raggruppamento verticale, consentendo la presentazione di un'offerta sulla base del solo mandato collettivo, senza richiedere ulteriori requisiti e comportando la responsabilità solidale dei partecipanti;

- all'art. 69 è stato mantenuto immutato l'art. 49 del decreto legislativo n. 50 del 2016”.

Ciò posto, il **co. 1** richiama la definizione di operatore economico contenuta nell'**art. 1, lett. 1) Allegato I.1**, dove viene sancito il **principio di neutralità delle forme giuridiche**, così come quella di operatori economici stabiliti in altri Stati membri.

Il **co. 2** ripropone, salvo minime modifiche, l'elenco di cui all'**art. 45, co. 2, lett. e-f) D.Lgs. 50/2016**.

Il **co. 3** ripropone l'**art. 45, co.4 del previgente codice**, cui si aggiunge il riferimento all'**art. 63 par. II della direttiva 24/2014/UE**.

L'**art. 45, co. 3-5 del previgente codice** è stato **soppresso** in quanto le disposizioni che riguardano i r.t.i. sono state rispettivamente dislocate nell'**art. 48, co. 4** e nell'**art. 48 co. 10**, in quanto riferite espressamente ai raggruppamenti dall'**art. 19, par. 2 della direttiva 24/2014/UE**.

Art. 66 – Operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Per la partecipazione alle procedure di affidamento di cui al comma 1 i soggetti ivi indicati devono possedere i requisiti minimi stabiliti nella Parte V dell'allegato II.12. Le società, per un periodo di cinque anni dalla loro

costituzione, possono documentare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara anche con riferimento ai requisiti dei soci delle società, qualora costituite nella forma di società di persone o di società cooperativa, e dei direttori tecnici o dei professionisti dipendenti della società con rapporto a tempo indeterminato, qualora costituite nella forma di società di capitali, nonché dei soggetti di cui alla lettera e) del comma 1, i cui requisiti minimi sono stabiliti nel predetto allegato.

La disposizione conserva, di fatto, l'art. 46 D.Lgs. 50/2016.

Il co. 1, lett. d-bis), inserito dall'art. 10, co. 1, lett. b), n. 1) L. 238/2021, ha adeguato l'articolato alla sentenza della CGUE 11 giugno 2020, in causa C-219/19.

Per la partecipazione alle procedure di affidamento i soggetti ivi indicati devono possedere i requisiti minimi stabiliti nella Parte V dell'Allegato II.12.

Art. 67 – Consorzi necessari

1. I requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui agli articoli 65, comma 2, lettere b), c) e d), e 66, comma 1, lettera g), sono disciplinati dal regolamento di cui all'articolo 100, comma 4.

2. L'allegato II.12 disciplina, nelle more dell'adozione del regolamento di cui all'articolo 100, comma 4, la qualificazione degli operatori economici, fermo restando che per i consorzi di cui all'articolo 65, comma 2, lettera d): a) per gli appalti di servizi e forniture, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate; b) per gli appalti di lavori, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento sono posseduti e comprovati dagli stessi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate.

3. Per gli operatori di cui agli articoli 65, comma 2, lettera d) e 66, comma 1, lettera g), i requisiti generali di cui agli articoli 94 e 95 sono posseduti sia dalle consorziate esecutrici che dalle consorziate che prestano i requisiti. Le autorizzazioni e gli altri titoli abilitativi per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi del comma 3 dell'articolo 100 sono posseduti, in caso di lavori o di servizi, dal consorzio esecutore.

4. I consorzi stabili di cui agli articoli 65, comma 2, lettera d), e 66, comma 1, lettera g), eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante. L'affidamento delle prestazioni da parte dei soggetti di cui all'articolo 65, comma 2, lettere b) e c), ai propri consorziati non costituisce subappalto. I consorzi, di cui agli articoli 65, comma 2, lettera d) e 66, comma 1, lettera g), indicano in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre. La partecipazione alla gara in qualsiasi altra forma da parte del consorzio designato dal consorzio offerente determina l'esclusione del medesimo se sono integrati i presupposti di cui all'articolo 95, comma 1, lettera d), sempre che l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara, né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali, fatta salva la facoltà di cui all'articolo 97.

5. I consorzi di cooperative e i consorzi tra imprese artigiane possono partecipare alla procedura di gara, fermo restando il disposto degli articoli 94 e 95, utilizzando requisiti propri e, nel novero di questi, facendo valere i mezzi nella disponibilità delle consorziate che li costituiscono.

6. Per i lavori, ai fini della qualificazione di cui all'articolo 100, nell'allegato II.12 sono stabiliti i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio stabile o ai singoli consorziati che le eseguono. In caso di scioglimento del consorzio stabile per servizi e forniture ai consorziati sono attribuiti pro quota i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio e non assegnati in esecuzione ai consorziati. Le quote di assegnazione sono proporzionali all'apporto reso dai singoli consorziati nell'esecuzione delle prestazioni nel quinquennio antecedente.

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

8. Con riguardo ai consorzi di cui all'articolo 65, comma 2, lettera d), ai fini del rilascio o del rinnovo dell'attestazione di qualificazione SOA, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono posseduti e comprovati dai consorzi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. La qualificazione è acquisita con riferimento a una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Per la qualificazione alla classifica di importo illimitato è in ogni caso necessario che almeno una tra le imprese consorziate già possieda tale qualificazione ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno una con qualificazione per classifica VII e almeno due con classifica V o superiore, ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno tre con qualificazione per classifica VI. Per la qualificazione per prestazioni di progettazione e costruzione, nonché per la fruizione dei meccanismi premiali di cui all'articolo 106, comma 8, è in ogni caso sufficiente che i corrispondenti requisiti siano posseduti da almeno una delle imprese consorziate. Qualora la somma delle classifiche delle imprese consorziate non coincida con una delle classifiche di cui all'allegato II.12, la qualificazione è acquisita nella classifica immediatamente inferiore o in quella immediatamente superiore alla somma delle classifiche possedute dalle imprese consorziate, a seconda che tale somma si collochi rispettivamente al di sotto, ovvero al di sopra o alla pari della metà dell'intervallo tra le due classifiche. Gli atti adottati dall'ANAC restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 2.

Il **co. 1** rinvia al regolamento ex art. 100, co. 4 del codice per la disciplina dei **requisiti di idoneità tecnica e finanziaria** necessari che devono possedere i consorzi fra imprese artigiane e i consorzi stabili, nonché i consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria per partecipare alle gare.

L'**assimilazione dei consorzi fra imprese artigiane ai consorzi stabili** si basa sulla giurisprudenza (Consiglio di Stato n. 7155 del 2021, punti 1.4.2.1. e 1.4.2.3, dove viene richiamata la pronuncia dell'Adunanza plenaria 5/2021), oltre che sul parere ANAC n. 192 del 2008.

Il **co. 2** disciplina, con riferimento agli stessi soggetti, il **regime transitorio** e il **regime degli affidamenti** cui non si applica l'**Allegato II.12** stabilendo:

- per gli appalti di servizi e forniture che i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono **computati cumulativamente** in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate;

- per gli appalti di lavori, prevedendo la **continuità** con il sistema vigente riguardante l'**attestazione SOA del consorzio**, che consente la **sommatoria dei requisiti** posseduti dalle singole consorziate.

Come riconosciuto dalla **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato**, *“quanto al regime transitorio per i lavori, il D.Lgs. 50/2016 ha confermato la previgente disciplina in materia, posto che ai sensi dell’art. 83, co. 2, si è previsto che sarebbe stato il Regolamento di cui all’art. 216, co. 27-octies, a disciplinare (tra l’altro) il sistema di qualificazione dei consorzi stabili, prevedendo altresì (con rinvio alle disposizioni dell’art. 216, comma 14) che, fino all’adozione del predetto regolamento, continuavano ad applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III (artt. da 60 a 96: sistema di qualificazione delle imprese), nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate, del d.P.R. n. 207 del 2010”*.

A sua volta, infatti, l'**art. 81 d.P.R. 207/2010** rinvia per la qualificazione dei consorzi stabili all'**art. 36, co. 7 D.Lgs. 163/2006**, il quale dispone che *“il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. Per i lavori la qualificazione è acquisita con riferimento ad una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Ne consegue pertanto che le disposizioni dell’art. 83, comma 2 e dell’art. 47 del decreto legislativo n. 50 del 2016, in virtù dei rinvii operati alla previgente disciplina, secondo quanto previsto dall’art. 216 del codice, hanno confermato il principio del c.d. cumulo per i consorzi stabili, sulla base del quale i consorzi stabili possono scegliere di provare il possesso dei requisiti di ordine speciale richiesti per la partecipazione alle gare con attribuzioni proprie e dirette oppure con quelle dei consorziati”*.

Al fine di **assicurare continuità con il regime vigente**, non si è previsto **nessun vincolo di corrispondenza fra qualificazioni possedute ed esecuzione del contratto** in relazione alla partecipazione dei consorzi stabili alle gare per lavori, nonostante la pronuncia dell'**Ad. Plen. 6/2019**, resa però con riferimento ai **raggruppamenti**.

Infatti, dalla pronuncia dell'**Ad. plen. 5/2021**, resa con riferimento a un caso di appalti di lavori, si evince che **i requisiti possono essere “prestati” anche da una consorziata non esecutrice**.

Il **co. 3** è in linea con quanto già affermato dalla giurisprudenza in merito alla necessità che i **consorziati, oltre che i consorzi** sopra specificati, siano in possesso dei requisiti generali: la disposizione interessa le consorziate esecutrici e quelle che prestano i requisiti, rendendosi, in quest’ultimo caso, necessaria l’applicazione dell’istituto in quanto le consorziate che prestano i requisiti sono assimilate agli ausiliari.

Il rapporto che si instaura è *“molto simile a quello dell’avalimento”* (**Ad. plen. 5/2021**) soggiacendo al regime di quest’ultimo, per il quale è la stessa **Corte di giustizia** ad avere applicato l’istituto della sostituzione (**3 giugno 2021, in causa C-210/20**).

Quanto sopra è stato poi esteso **alle consorziate designate per l’esecuzione da parte del consorzio stabile**, così come richiesto dalla **Ad. plen. 5/2021**.

Il **co. 4** riproduce l'**art. 47, co. 2 D.Lgs. 50/2016**, che onera i consorzi stabili ad indicare se eseguono le prestazioni **con la propria struttura o tramite i consorziati** e che si è ritenuto di mantenere.

La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** chiarisce le ragioni della **mancata estensione della previsione ai consorzi di cooperative** *“in quanto non si ritiene che questi ultimi possano indicare sé stessi come esecutori stante lo scopo mutualistico (si dà per scontato in dottrina e nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6024 che detti consorzi indichino una consorziata esecutrice). Sotto tale profilo i consorzi fra imprese artigiane sono invece assimilabili ai consorzi fra cooperative (Consiglio di Stato n. 7155 del 2021 e parere ANAC n. 192 del 2008)”* mentre *“è rimasto il riferimento alla previsione che l'esecuzione delle prestazioni da parte dei consorziati non costituisce subappalto”*.

La **seconda parte del co. 4**, superando quanto previsto nell'**art. 48, co. 7 D.Lgs. 50/2016**, è stata inserita alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia e della procedura di infrazione 2018/2273, che inducono a superare il divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara da parte del consorziato designato, contenuto nel citato art. 48, co.7 ma riferito anche ai soggetti *ex art. 47* del previgente codice e la conseguenza automaticamente espulsiva prevista in caso di violazione del medesimo.

Il **co. 5** disciplina la partecipazione alla gara da parte del **consorzio di cooperative**: quest'ultimo ha personalità giuridica, deve essere in possesso dei requisiti generali e dei requisiti di qualificazione e può mutuare i mezzi anche dalle consorziate, così come affermato dalla **Ad. Plen. 14/2013** e, più recentemente, da Cons. St., sez. V, 2 settembre 2019 n. 6024.

Nel **co. 6** si **rinvia ad altra fonte (Allegato II.12)** per la determinazione dell'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati.

Il **co. 7** specifica che possono essere oggetto di **avvalimento** solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio.

Con riguardo ai **consorzi stabili**, ai fini del rilascio o del rinnovo dell'attestazione di qualificazione SOA, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono posseduti e comprovati dai consorzi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate (**co. 8**).

Art. 68 – Raggruppamento temporanei e consorzi ordinari di operatori economici

1. È consentita la presentazione di offerte da parte dei soggetti di cui all'articolo 65, comma 2, lettera e) e lettera f) anche se non ancora costituiti. In tal caso l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei o i consorzi ordinari di concorrenti e deve contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificato come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti.

2. Fatto salvo quanto previsto dal comma 4, in sede di offerta sono specificate le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati, con l'impegno di questi a realizzarle.
3. I raggruppamenti temporanei non possono essere obbligati ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione.
4. Le stazioni appaltanti possono: a) imporre ai raggruppamenti di operatori economici di assumere una forma giuridica specifica dopo l'aggiudicazione del contratto, nel caso in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione del contratto; b) specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti di operatori economici ottemperano ai requisiti in materia di capacità economica e finanziaria o di capacità tecniche e professionali, purché ciò sia proporzionato e giustificato da motivazioni obiettive.
5. Per la costituzione del raggruppamento temporaneo gli operatori economici devono conferire, con un unico atto, mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, detto mandatario.
6. Il mandato deve risultare da scrittura privata autenticata. La relativa procura è conferita al legale rappresentante dell'operatore economico mandatario. Il mandato è gratuito e irrevocabile e la sua revoca, anche per giusta causa, non ha effetto nei confronti della stazione appaltante. In caso di inadempimento dell'impresa mandataria è ammessa la revoca del mandato collettivo speciale di cui al comma 5 al fine di consentire alla stazione appaltante il pagamento diretto nei confronti delle altre imprese del raggruppamento.
7. Al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo, o atto equivalente, fino all'estinzione di ogni rapporto. La stazione appaltante, tuttavia, può far valere direttamente le responsabilità facenti capo ai mandanti.
8. Il rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione degli operatori economici riuniti, ognuno dei quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali.
9. L'offerta degli operatori economici raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori. Nell'ipotesi di cui al comma 4, lettera a), la responsabilità solidale di cui al primo periodo concorre con quella del soggetto giuridico nel quale il raggruppamento temporaneo o il consorzio ordinario si sono trasformati. Nel caso di cui al comma 4, lettera a) e nell'ipotesi in cui i concorrenti riuniti o consorziati indicati dal consorzio come esecutori, anche in parte, dei lavori dopo l'aggiudicazione costituiscono tra loro una società anche consortile, ai sensi del Libro V del Titolo V, Capi III e seguenti del codice civile, per l'esecuzione unitaria, totale o parziale, dei lavori, la responsabilità solidale di cui al primo periodo concorre con quella del soggetto giuridico nel quale il raggruppamento temporaneo o il consorzio ordinario si sono trasformati a far data dalla notificazione dell'atto costitutivo alla stazione appaltante e, subordinatamente, alla iscrizione della società nel registro delle imprese. In tale ipotesi la società subentra, senza che ciò costituisca ad alcun effetto subappalto o cessione di contratto e senza necessità di autorizzazione o di approvazione, nell'esecuzione totale o parziale del contratto.
10. Le stazioni appaltanti possono richiedere ai raggruppamenti di operatori economici condizioni per l'esecuzione di un appalto diverse da quelle imposte ai singoli partecipanti, purché siano proporzionate e giustificate da ragioni oggettive.
11. I raggruppamenti e i consorzi ordinari di operatori economici sono ammessi alla gara se gli imprenditori o altro raggruppamento che vi partecipano, oppure gli imprenditori consorziati, abbiano complessivamente i requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali, ferma restando la

necessità che l'esecutore sia in possesso dei requisiti prescritti per la prestazione che lo stesso si è impegnato a realizzare ai sensi del comma 2. Si applicano in quanto compatibili le disposizioni contenute nell'allegato II.12.

12. Se il singolo concorrente o i concorrenti che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo hanno i requisiti di cui al presente articolo, possono raggruppare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il 20 per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati.

13. Tutti i partecipanti al raggruppamento e al consorzio ordinario possiedono i requisiti generali di cui agli articoli 94 e 95.

14. La partecipazione alla gara dei concorrenti in più di un raggruppamento o consorzio ordinario, ovvero in forma individuale qualora abbiano partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario, determina l'esclusione dei medesimi se sono integrati i presupposti di cui all'articolo 95, comma 1, lettera d), sempre che l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara, né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali.

15. È vietata l'associazione in partecipazione sia durante la procedura di gara sia successivamente all'aggiudicazione. La modifica dei consorzi e dei raggruppamenti è ammissibile nei termini indicati dall'articolo 97 e dal comma 17 del presente articolo.

16. L'inosservanza di quanto prescritto al comma 15 comporta l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, nonché l'annullamento dell'aggiudicazione o la risoluzione del contratto.

17. È ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. Il recesso è ammesso anche se il raggruppamento si riduce a un unico soggetto.

18. Le previsioni di cui al comma 17 trovano applicazione anche con riferimento ai soggetti di cui all'articolo 65, comma 2, lettere b), c), d) e f).

19. In caso di procedure ristrette o negoziate oppure di dialogo competitivo l'operatore economico invitato individualmente o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo può presentare offerta o trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti.

20. Il presente articolo trova applicazione, in quanto compatibile, nella partecipazione alle procedure di affidamento delle aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete, di cui all'articolo 65, comma 2, lettera g); queste ultime, nel caso in cui abbiano tutti i requisiti del consorzio stabile di cui all'articolo 65, comma 2, lettera d), sono ad esso equiparate ai fini della qualificazione SOA.

I **co. 1, 2, 6 e 7-bis** dell'**art. 48 D.Lgs. 50/2016** sono stati superati da Corte di giustizia, sez. IV, 28 aprile 2022 in causa C-642/20 (punti 38, 39 e 40).

In base a detta pronuncia, l'**art. 83, co. 8 del previgente decreto** fissava una **condizione più rigorosa** di quella prevista dalla direttiva 2014/24/UE.

La **direttiva 2014/24** infatti (**artt. 63, par. 2; 19, par. 2, co. 2**):

- si limita ad **autorizzare** la stazione appaltante a prevedere, nel bando di gara, che taluni compiti essenziali siano svolti **direttamente da un partecipante al raggruppamento** di operatori economici

(“le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall’offerente stesso o, nel caso di un’offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici [...], da un partecipante al raggruppamento”, così l’art. 63, paragrafo 2),

- prevede che gli Stati membri possano stabilire **clausole standard** che specifichino il modo in cui i raggruppamenti di operatori economici devono soddisfare le condizioni relative alla **capacità economico - finanziaria o alle capacità tecniche e professionali** di cui all’art. 58 di tale direttiva (art. 19, paragrafo 2, comma 2, della direttiva 2014/24) e, *“quand’anche la capacità di svolgere compiti essenziali rientrasse nella nozione di «capacità tecnica»”, la norma “contenuta nell’articolo 83, comma 8, terzo periodo, del Codice dei contratti pubblici, che obbliga il mandatario del raggruppamento di operatori economici ad eseguire direttamente la maggior parte dei compiti, va al di là di quanto consentito da tale direttiva” in quanto “non si limita a precisare il modo in cui un raggruppamento di operatori economici deve garantire di possedere le risorse umane e tecniche necessarie per eseguire l’appalto, ai sensi dell’articolo 19, paragrafo 2, di detta direttiva, in combinato disposto con l’articolo 58, paragrafo 4, della stessa, ma riguarda l’esecuzione stessa dell’appalto e richiede in proposito che essa sia svolta in misura maggioritaria dal mandatario del raggruppamento”.*

La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** sottolinea così che *“la possibilità di intervenire sulle modalità esecutive dei raggruppamenti e dei relativi partecipanti è demandata alle sole stazioni appaltanti, laddove gli Stati membri possono intervenire, in alcuni casi, sui soli requisiti di qualificazione”* derivandone la scelta di **non riproporre “la distinzione fra raggruppamenti verticali e orizzontali e la relativa disciplina, volta proprio a regolamentare le modalità di esecuzione dell’appalto da parte dei raggruppamenti, con le conseguenze ivi indicate”.**

La Relazione conclude in questi termini: *“La nuova configurazione dell’istituto del raggruppamento consente la presentazione di un’offerta sulla base del solo mandato collettivo, senza richiedere ulteriori requisiti e comportando la responsabilità solidale dei partecipanti. Premesso quanto sopra, nel nuovo comma 1, che corrisponde al comma 8 dell’art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016, è riproposta la disposizione attualmente contenuta nel comma 8 citato”.*

Il **co. 2** richiede l’indicazione, **in sede di offerta**, delle quote di esecuzione delle prestazioni fra i partecipanti al raggruppamento, considerato che costituisce un **requisito distintivo rispetto all’avalimento**, potendo la stazione appaltante imporre **vincoli esecutivi**.

Si è poi introdotta la necessità di presentare un **impegno all’esecuzione** da parte dei partecipanti al raggruppamento, indicando la parte del contratto di riferimento.

Il **co. 3** ripropone la regola che l’**art. 19 par. 2 della direttiva 2014/24/UE** dispone con specifico riferimento ai raggruppamenti, circa il **divieto di imposizione generalizzata di una determinata forma giuridica**.

Il **co. 4** contiene la previsione di cui all'**art. 19, par. 2, ultimo capoverso della direttiva**, sinora contenuta nell'**art. 45, co. 3 D.Lgs. 50/2016** (spostata nell'art. 68 in quanto riferita ai soli raggruppamenti), che stabilisce le condizioni che consentono di imporre ai raggruppamenti una forma giuridica specifica.

I **co. 5, 6, 7 e 8** ripropongono quanto previsto dall'art. 45 co. 12, 13, 15 e 16 D.Lgs. 50/2016 in ordine al **mandato** necessario per la costituzione del raggruppamento.

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

Il **co. 10** prevede la possibilità di richiedere ai raggruppamenti di operatori economici **condizioni per l'esecuzione** di un appalto o di una concessione diverse da quelle imposte ai singoli partecipanti, dettata all'art. 45, co. 5 D.Lgs. 50/2016, che costituisce attuazione dell'art. 19, par. 2, ultimo capoverso della direttiva 2014/24/UE riferito ai raggruppamenti (sentenza "Caruter" 28 aprile 2022 in causa C 642/20).

Il **co. 11** stabilisce che i raggruppamenti temporanei e i consorzi ordinari sono ammessi se gli imprenditori partecipanti al raggruppamento, ovvero gli imprenditori consorziati, sono in possesso dei requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali (Cons. St., sez. V, 31 marzo 2022, n. 2367), ferma restando la necessità che l'esecutore sia in possesso dei requisiti prescritti per l'esecuzione.

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

Il **co. 13** prevede che i partecipanti al raggruppamento e al consorzio ordinario debbano possedere i **requisiti generali**, in continuità con l'art. 48, co. 17 ss. D.Lgs. 50/2016.

Nel **co. 14** si prevede che la partecipazione alla gara in qualsiasi altra forma da parte del partecipante al raggruppamento determina l'esclusione del medesimo se sono integrati i presupposti della **causa escludente dell'unico centro decisionale**, sempre che l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali: ciò in ragione di quanto sopra illustrato in seguito alla **procedura di infrazione 2018/2273**.

Il **co. 15** ripropone l'art. 48, co. 9 D.Lgs. 50/2016, con la quale è **vietata l'associazione in partecipazione**. Le conseguenze del mancato rispetto del divieto sono delineate dal **co. 16** in termini

di esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, nonché di annullamento dell'aggiudicazione o di risoluzione del contratto.

Al **co. 17** si mantiene quanto previsto sul **recesso del partecipante al raggruppamento e al consorzio** dall'art. 48, co. 19 D.Lgs. 50/2016, consentendo il **recesso ad nutum** (anche se il raggruppamento si riduce a un unico soggetto) di una o più imprese raggruppate, sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione.

Con il **co. 18** (corrispondente all'art. 48, co. 19-bis D.Lgs. 50/2016), si prevede l'applicabilità del recesso di cui al co. 16 ai soggetti di cui all'**art. 65, comma 2, lett. b), c), d), f)**.

Il **co. 19** (corrispondente all'art. 48, co. 11 D.Lgs. 50/2016) prevede la possibilità dell'operatore economico invitato individualmente di presentare offerta o di trattare **per sé** o quale **mandatario di operatori riuniti** in caso di **procedure ristrette o negoziate** ovvero di **dialogo competitivo**.

Il **co. 20** (corrispondente all'art. 48, co. 14 D.Lgs. 50/2016) ammette l'applicabilità, in quanto compatibile, dell'articolo alla partecipazione alle procedure di affidamento delle aggregazioni tra le imprese aderenti al **contratto di rete**.

Art. 69 – Accordo sugli appalti pubblici (AAP) e altri accordi internazionali

Se sono contemplati dagli allegati 1, 2, 4 e 5 e dalle note generali dell'appendice 1 dell'Unione europea dell'Accordo sugli Appalti Pubblici (AAP) e dagli altri accordi internazionali cui l'Unione è vincolata, le stazioni appaltanti applicano ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dei Paesi terzi firmatari di tali accordi un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai sensi del codice.

L'**art. 49 D.Lgs. 50/2016** è stato qui mantenuto: sebbene fosse stata valutata la possibilità di sopprimere tale disposizione, si è preferita la presente formulazione in considerazione della **peculiarità** della fattispecie ivi disciplinata.

PARTE IV

DELLE PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE

Art. 70 – Procedure di scelta e relativi presupposti

1. Per l'aggiudicazione di appalti pubblici le stazioni appaltanti utilizzano la procedura aperta, la procedura ristretta, la procedura competitiva con negoziazione, il dialogo competitivo e il partenariato per l'innovazione.

2. Nei soli casi previsti dall'articolo 76 le stazioni appaltanti possono utilizzare la procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara.

3. Le stazioni appaltanti utilizzano la procedura competitiva con negoziazione o il dialogo competitivo:

a) per l'aggiudicazione di contratti di lavori, forniture o servizi in presenza di una o più delle seguenti condizioni:

1) quando le esigenze della stazione appaltante perseguite con l'appalto non possono essere soddisfatte con le altre procedure;

2) quando le esigenze della stazione appaltante implicano soluzioni o progetti innovativi;

3) quando l'appalto non può essere aggiudicato senza preventive negoziazioni a causa di circostanze particolari in relazione alla natura, complessità o impostazione finanziaria e giuridica dell'oggetto dell'appalto o a causa dei rischi a esso connessi;

4) quando le specifiche tecniche non possono essere stabilite con sufficiente precisione dalla stazione appaltante con riferimento a una norma, una valutazione tecnica europea, una specifica tecnica comune o un riferimento tecnico ai sensi dei numeri da 2) a 5) della Parte I dell'allegato II.5. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato II.5 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice;

b) per l'aggiudicazione di contratti di lavori, forniture o servizi per i quali, in esito a una procedura aperta o ristretta, sono state presentate soltanto offerte inammissibili ai sensi del comma 4. In tal caso la stazione appaltante non è tenuta a pubblicare un bando di gara, se ammette alla ulteriore procedura tutti, e soltanto, gli offerenti in possesso dei requisiti di cui agli articoli da 94 a 105 che, nella procedura aperta o ristretta precedente, hanno presentato offerte conformi ai requisiti formali della procedura di appalto.

4. Sono inammissibili le offerte:

a) non conformi ai documenti di gara;

b) ricevute oltre i termini indicati nel bando o nell'invito con cui si indice la gara;

c) in relazione alle quali vi sono prove di corruzione o collusione;

d) considerate anormalmente basse;

e) presentate da offerenti che non possiedono la qualificazione necessaria;

f) il cui prezzo supera l'importo posto a base di gara, stabilito e documentato prima dell'avvio della procedura di appalto.

5. Le stazioni appaltanti possono utilizzare il partenariato per l'innovazione quando l'esigenza di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi e di acquistare successivamente le forniture, i servizi o i lavori che ne risultano non può essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato, a condizione che le

forniture, i servizi o i lavori che ne risultano corrispondano ai livelli di prestazioni e ai costi massimi concordati tra le stazioni appaltanti e i partecipanti.

6. Nelle procedure ristrette, nelle procedure competitive con negoziazione, nelle procedure di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione le stazioni appaltanti, applicando i criteri o le regole obiettive e non discriminatorie indicate nel bando di gara o nell'invito a confermare l'interesse, possono limitare il numero di candidati, che soddisfano i criteri di selezione, da invitare a presentare un'offerta, a negoziare o a partecipare al dialogo, nel rispetto del principio di concorrenza e del numero minimo di candidati da invitare indicato nel bando di gara o nell'invito a confermare l'interesse. In ogni caso, il numero minimo di candidati non può essere inferiore a cinque nelle procedure ristrette e a tre nelle altre procedure. La stazione appaltante non può ammettere alla stessa procedura altri operatori economici che non abbiano chiesto di partecipare o candidati che non abbiano le capacità richieste.

7. Nella procedura competitiva con negoziazione, nel dialogo competitivo e nel partenariato per l'innovazione, nel corso delle negoziazioni e durante il dialogo, le stazioni appaltanti garantiscono la parità di trattamento di tutti i partecipanti; non forniscono in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati partecipanti rispetto ad altri; conformemente all'articolo 35, non rivelano le soluzioni proposte o altre informazioni riservate comunicate da un candidato o da un offerente partecipante alle negoziazioni o al dialogo, salvo espresso consenso di quest'ultimo e in relazione alle sole informazioni specifiche espressamente indicate. Relativamente al partenariato per l'innovazione, le stazioni appaltanti definiscono nei documenti di gara il regime applicabile ai diritti di proprietà intellettuale e, in caso di partenariato con più operatori economici, non rivelano agli altri operatori economici, conformemente all'articolo 35, le soluzioni proposte o altre informazioni riservate comunicate da un operatore economico, nel quadro del partenariato, salvo espresso consenso di quest'ultimo e in relazione alle sole informazioni specifiche espressamente indicate.

La disciplina dettata dal Libro II, Parte IV, del presente codice risulta in gran parte imposta dal diritto unionale, che delinea gli specifici **obblighi procedurali** da ottemperare per addivenire alla **scelta del contraente** della stazione appaltante.

Il nuovo dettato normativo, in particolare:

- valorizza le esigenze di flessibilità nell'aggiudicazione, **equiparando le varie procedure** di scelta del contraente, salva l'**eccezionalità della procedura negoziata senza previa pubblicazione**;
- definisce l'**ambito di applicazione della procedura competitiva con negoziazione e del dialogo competitivo** mediante il chiarimento della portata precettiva di alcuni termini impiegati dal diritto unionale;
- introduce la **categoria unitaria dell'inammissibilità delle offerte**, in relazione agli atti difformi rispetto al paradigma regolatorio di riferimento e inadeguati a raggiungere il proprio scopo tipico (con conseguente differenziazione del regime applicabile a seconda che l'offerta sia irregolare o inammissibile);
- stabilisce i **termini per la ricezione delle offerte** sul presupposto dell'impiego delle procedure telematiche come modalità ordinaria di svolgimento delle gare;

- consente di indire, nell'ambito della procedura del dialogo competitivo, **dopo fase di pre-qualificazione**, una **conferenza** (sottoposta ad obbligo di verbalizzazione) con i candidati selezionati, per discutere alcuni profili dell'appalto in affidamento;
- in relazione **alla procedura negoziata senza pubblicazione di un bando**, ha introdotto la **possibilità di indizione della gara informale**, innovandone la disciplina anche attraverso la riduzione del numero delle imprese da invitare alla negoziazione e l'eliminazione del riferimento al principio di rotazione;
- sempre in relazione alla **procedura negoziata senza pubblicazione di un bando** ha operato un apposito (e facoltativo) **collegamento tra tale istituto e le consultazioni preliminari di mercato**, ai fini dell'adempimento dell'obbligo motivazionale.

Il **co. 1** elenca le **procedure flessibili** (dialogo competitivo, partenariato per l'innovazione e procedura competitiva con negoziazione) e **quelle maggiormente vincolate nell'aggiudicazione** (aperta e ristretta): si intende **equiparare** tali tipi procedurali, considerato che si tratta pur sempre di strumenti di selezione del contraente che, oltre ad essere rispettosi dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità pubblici, sono caratterizzati dalla pubblicità, presupponendo un avviso di indizione di gara reso conoscibile agli operatori del settore.

Per valorizzare la **discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici** nella scelta della procedura, non si sono previsti vincoli motivazionali ulteriori a quelli posti dal diritto unionale.

La separata considerazione, nell'ambito del **co. 2**, della **procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando** manifesta, invece, il **carattere eccezionale** di tale procedura, l'unica avente natura derogatoria rispetto al principio di pubblicità, utilizzabile al ricorrere dei soli presupposti tassativamente elencati nell'art. 76.

Nel definire l'ambito di applicazione della procedura competitiva con negoziazione e del dialogo competitivo, il **co. 3** chiarisce alcuni termini della normativa eurounitaria, così da assicurare una maggiore conformità rispetto a quanto previsto in ambito sovranazionale.

La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** spiega tale scelta in questi termini: *“In particolare, in relazione alla previsione di cui al comma 3, lett. a), n. 1), alla luce del testo inglese e francese della direttiva, è stato precisato che l'utilizzo del dialogo competitivo e della procedura negoziata competitiva con negoziazione è possibile, anziché qualora “le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice perseguite con l'appalto non possono essere soddisfatte senza adottare soluzioni immediatamente disponibili”, nei casi in cui le esigenze della stazione appaltante perseguite con l'appalto non possono essere soddisfatte con le altre procedure. Le locuzioni “adaptation of readily available solutions” e “adapter des solutions immédiatement disponibles” richiamano l'idea dell'adattamento al caso concreto di soluzioni già disponibili sul mercato, consentendo l'utilizzo delle procedure di scelta del contraente in parola proprio nelle ipotesi in cui non sussistano soluzioni*

immediatamente disponibili -acquisibili con le altre procedure di gara- che permettano alle amministrazioni aggiudicatrici di realizzare le esigenze sottese alla gara ovvero, ove esistenti, tali soluzioni non possano, comunque, essere adattate al caso concreto, avuto riguardo alle peculiari esigenze da soddisfare con l'indizione della gara".

Il **co. 3, lett. a, n. 2)** incide sul termine "**progettazione**", avuto riguardo alla *ratio* caratterizzante le procedure in commento, deputate alla ricerca di soluzioni e progetti spesso implicanti uno sforzo creativo a cura dei candidati selezionati, impegnati nel dialogo e nelle negoziazioni con l'Amministrazione aggiudicatrice. Pertanto, il testo chiarisce che l'**innovatività** deve riguardare tanto le **soluzioni** (tipicamente da definire nel corso del dialogo competitivo, prima dell'invito ad offrire), quanto i **progetti** (tipicamente da porre a base delle offerte dei candidati selezionati).

Il **co. 4** precisa che le **offerte irregolari o inammissibili** danno luogo ad **atti inammissibili**, in quanto difformi rispetto al paradigma regolatorio di riferimento.

Per esigenze sistematiche è ricondotta all'art. 70 altresì:

- la definizione del **presupposto di applicabilità del partenariato** di cui all'art. 75 del codice, al fine di individuare, nell'ambito dello stesso articolo, i presupposti di utilizzo di tutte le procedure di scelta del contraente regolate dal codice (**co. 5**);

- la disciplina in origine recata dagli artt. 91-92 D.Lgs. 50/2016 in materia di "*riduzione del numero di candidati altrimenti qualificati da invitare a partecipare*" e di "*riduzione del numero di offerte e soluzioni*", afferente, più propriamente, alle caratteristiche delle procedure di scelta del contraente che le Amministrazioni sono legittimate a utilizzare ai sensi dell'art. 70 (**co. 6**);

- la disciplina delle modalità di attuazione del **principio di parità di trattamento e di riservatezza** nell'ambito del dialogo e delle negoziazioni con i concorrenti (**co. 7**), trattandosi di disciplina comune a tutte le procedure flessibili (dialogo competitivo, procedura competitiva con negoziazioni e partenariato per l'innovazione), suscettibile pertanto di valorizzazione unitaria nell'ambito del medesimo articolo, destinato a delineare i tratti comuni degli istituti regolati.

Si è deciso di non riprodurre l'**art. 91, co.2 D.Lgs. 50/2016**: ne deriva che, ove i candidati selezionati siano in numero inferiore, nessuna riduzione può avere luogo e la procedura può proseguire, attraverso l'invito al dialogo, a negoziare o a offrire di tutti i candidati previamente qualificati.

Art. 71 – Procedura aperta

1. *Nelle procedure aperte qualsiasi operatore economico interessato può presentare un'offerta in risposta a un avviso di indizione di gara.*

2. *Il termine minimo per la ricezione delle offerte è di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara ai sensi dell'articolo 84. Le offerte sono accompagnate dalle informazioni richieste dalla stazione appaltante.*

3. Le stazioni appaltanti possono fissare un termine non inferiore a quindici giorni a decorrere dalla data di trasmissione del bando di gara ai sensi dell'articolo 84, se per ragioni di urgenza, specificamente motivate, il termine minimo stabilito dal comma 2 del presente articolo non può essere rispettato.

4. Nel caso in cui le stazioni appaltanti abbiano pubblicato un avviso di pre-informazione di cui all'articolo 81 che non sia stato usato come mezzo di indizione di una gara, il termine minimo di cui al comma 2 del presente articolo può essere ridotto a quindici giorni purché concorrano le seguenti condizioni:

a) l'avviso di pre-informazione contenga tutte le informazioni richieste per il bando di gara di cui all'allegato II.6, Parte I, lettera B, sezione B.1, sempreché queste siano disponibili al momento della pubblicazione dell'avviso di pre-informazione;

b) l'avviso di pre-informazione sia stato inviato alla pubblicazione da non meno di trentacinque giorni e non oltre dodici mesi prima della data di trasmissione del bando di gara.

5. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato II.6 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

L'articolo **riproduce la disciplina unionale**.

Il **co. 1** regola la possibilità per ogni operatore economico interessato di **presentare un'offerta** in risposta a un avviso di indizione di gara.

Il **co. 2** abbrevia i termini per la presentazione delle offerte - **da 35 a 30 giorni** - grazie all'impiego delle procedure telematiche come modalità ordinaria di svolgimento delle gare.

La **Relazione illustrativa del Consiglio di Stato**, infatti, precisa che *“i termini minimi per la ricezione delle offerte devono essere determinati dalla stazione appaltante tenendo conto della data di trasmissione del bando di gara ai fini della sua pubblicazione: in particolare, la stazione appaltante non può definire, quale termine per la ricezione delle offerte, una data ricadente nel periodo dilatorio indicato dal testo normativo (30 o 15 giorni) decorrente dalla trasmissione del bando di gara. In tale maniera, da un lato, si assicura alla stazione appaltante di avere contezza del dies a quo del periodo dilatorio oltre il quale è possibile fissare il termine per la ricezione delle offerte, prendendosi in esame la data di trasmissione del bando, certamente conosciuta dalla stazione appaltante in quanto riferita ad un'attività (di trasmissione) di propria competenza; dall'altro, si assicura ai concorrenti di potere beneficiare di uno spatium deliberandi minimo per l'ideazione e la presentazione dell'offerta”*.

Il **co. 3** dispone sulla necessità per le stazioni appaltanti di **motivare le ragioni di urgenza** che consentono di fissare un termine per la ricezione delle offerte **non inferiore a 15 giorni** a decorrere dalla data di trasmissione del bando di gara: essa va intesa in conformità a quanto previsto in ambito unionale, dove si individua, quale presupposto giustificativo della deroga al termine minimo per la ricezione delle offerte, la ricorrenza di **“motivi di urgenza debitamente dimostrati”** (art. 27, par. 3, direttiva n. 2014/24/UE).

Il **co. 4** disciplina le condizioni legittimate la **riduzione del termine per la ricezione delle offerte** nel caso in cui le stazioni appaltanti abbiano pubblicato un avviso di pre-informazione; per l'individuazione delle informazioni che l'avviso deve contenere si richiama l'**Allegato II.6, parte I, lett. B, sezione B1**: questo allegato riproduce, adeguandoli alle nuove norme del codice, i contenuti dell'**Allegato XIV D.Lgs. 50/2016**, a loro volta *in parte qua* riproduttivi, rispettivamente per i settori ordinari e per quelli speciali, dei contenuti dell'**Allegato V alla direttiva 2014/24/UE** e dell'**Allegato VI alla direttiva 2014/25/UE**.

Il **co. 5** stabilisce che, in sede di prima applicazione del codice, l'Allegato II.6 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'art. 17 L. 400/1988, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

Art. 72 – Procedura ristretta

1. *Nelle procedure ristrette qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara contenente i dati di cui all'allegato II.6, Parte I, lettera B o C a seconda del caso, fornendo le informazioni richieste dalla stazione appaltante.*
2. *Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara ai sensi dell'articolo 84 o, se è utilizzato l'avviso di pre-informazione come mezzo di indizione di una gara, dalla data d'invio dell'invito a confermare il proprio interesse.*
3. *A seguito della valutazione da parte delle stazioni appaltanti delle informazioni fornite, soltanto gli operatori economici invitati possono presentare un'offerta. Il termine minimo per la ricezione delle offerte è di trenta giorni dalla data dell'invito a presentare offerte.*
4. *Se le stazioni appaltanti hanno pubblicato l'avviso di pre-informazione non utilizzato per l'indizione di una gara, il termine minimo per la presentazione delle offerte può essere ridotto a dieci giorni purché concorrano le seguenti circostanze:*
 - a) *l'avviso di pre-informazione contenga tutte le informazioni richieste nell'allegato II.6, Parte I, lettera B, sezione B.1, purché dette informazioni siano disponibili al momento della pubblicazione dell'avviso di preinformazione;*
 - b) *l'avviso di pre-informazione sia stato trasmesso da non meno di trentacinque giorni e non oltre dodici mesi prima della data di trasmissione del bando di gara.*
5. *Le stazioni appaltanti di cui all'articolo 1, comma 1, lettera d), dell'allegato I.1 possono fissare il termine per la ricezione delle offerte di concerto con i candidati selezionati, purché questi ultimi dispongano di un termine identico per redigere e presentare le loro offerte. In mancanza di accordo, il termine non può essere inferiore a dieci giorni dalla data di invio dell'invito a presentare offerte.*
6. *Quando per motivate ragioni di urgenza è impossibile rispettare i termini minimi previsti dal presente articolo, la stazione appaltante può fissare: a) per la ricezione delle domande di partecipazione, un termine non*

inferiore a quindici giorni dalla data di pubblicazione del bando di gara; b) per la ricezione delle offerte, un termine non inferiore a dieci giorni a decorrere dalla data di invio dell'invito a presentare offerte.

Si riproduce la disciplina unionale.

I **co. 1 e 3** regolano la possibilità, per ogni operatore economico interessato, di presentare una **domanda di partecipazione** a un avviso di indizione di gara e, per i soli operatori economici invitati, di presentare un'offerta.

I **co. 2, 4, 5 e 6** definiscono i **termini per la ricezione delle domande di partecipazione** e per la ricezione **delle offerte**.

Anche in questo caso, **analogamente alla procedura aperta**, le stazioni appaltanti devono dimostrare le **ragioni di urgenza** che consentono di fissare un termine per la ricezione delle offerte non inferiore a 15 giorni a decorrere dalla data di invio del bando di gara: non è prevista la possibilità di limitare il numero di candidati idonei da invitare a partecipare alla procedura, trattandosi di facoltà già prevista dall'art. 70.

La disposizione rinvia a diversi **allegati al codice**.

Art. 73 – Procedura competitiva con negoziazione

1. Nelle procedure competitive con negoziazione qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara contenente le informazioni di cui all'allegato II.6, Parte I, lettere B o C, fornendo le informazioni richieste dalla stazione appaltante.

2. Nei documenti di gara le stazioni appaltanti individuano l'oggetto dell'appalto fornendo una descrizione delle loro esigenze, illustrando le caratteristiche richieste per le forniture, i lavori o i servizi da appaltare e specificando i criteri per l'aggiudicazione dell'appalto. Esse precisano altresì quali elementi della descrizione definiscono i requisiti minimi che tutti gli offerenti devono soddisfare.

3. Le informazioni fornite consentono agli operatori economici di individuare la natura e l'ambito dell'appalto e decidere se partecipare alla procedura. 4. Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di dieci giorni dalla data di trasmissione del bando di gara ai sensi dell'articolo 84 o, se è utilizzato come mezzo di indizione di una gara un avviso di pre-informazione, dalla data d'invio dell'invito a confermare il proprio interesse.

5. Il termine minimo per la ricezione delle offerte iniziali è di venticinque giorni dalla data di trasmissione dell'invito. I termini di cui al comma 4 e al presente comma sono ridotti nei casi previsti dall'articolo 72, commi 4, 5 e 6.

6. Solo gli operatori economici invitati dalla stazione appaltante, in seguito alla valutazione delle informazioni fornite, possono presentare un'offerta iniziale. Salvo quanto previsto dal comma 9, l'offerta iniziale e quelle successive, esclusa l'offerta finale, possono essere negoziate per migliorarne il contenuto, salvo che per gli aspetti relativi ai requisiti minimi e ai criteri di aggiudicazione.

7. Se previsto nel bando di gara, nell'invito a confermare l'interesse o in altro documento di gara e in applicazione del criterio di aggiudicazione ivi indicato, le procedure competitive con negoziazione possono svolgersi in fasi successive per ridurre il numero di offerte da negoziare. La stazione appaltante informa per iscritto tutti gli offerenti le cui offerte non sono state escluse delle modifiche alle specifiche tecniche o ad altri documenti di gara diversi da quelli che stabiliscono i requisiti minimi, concedendo ad essi un tempo sufficiente per modificare e ripresentare, ove opportuno, le offerte modificate.

8. Quando le stazioni appaltanti intendono concludere le negoziazioni, esse informano gli altri offerenti e stabiliscono un termine entro il quale possono essere presentate offerte nuove o modificate. Esse verificano che le offerte finali siano conformi ai requisiti minimi prescritti dall'articolo 107, valutano le offerte finali in base ai criteri di aggiudicazione e aggiudicano l'appalto ai sensi degli articoli 105, con riguardo ai costi del ciclo vita, 108 e 110, tenuto conto dei costi del ciclo vita disciplinati dall'allegato II.8. 9. Le stazioni appaltanti possono aggiudicare appalti sulla base delle offerte iniziali senza negoziazione qualora abbiano indicato, nel bando di gara o nell'invito a confermare l'interesse, che si riservano tale possibilità.

La disposizione è in larga parte **riproduttiva della normativa unionale**, con particolare riferimento a:

- la **legittimazione a presentare una domanda di partecipazione (co. 1)**;
- il **contenuto dei documenti di gara (co. 2)**;
- lo **scopo** tipico sotteso alle informazioni fornite dalle stazioni appaltanti, ovvero individuare la natura e l'ambito dell'appalto e decidere se partecipare alla procedura (**co. 3**);
- i **termini** per la ricezione delle domande di partecipazione (**co. 4**) e delle offerte iniziali (**co. 5**);
- la **legittimazione a presentare un'offerta iniziale** e la **possibilità di negoziazione** quale elemento caratteristico della procedura in parola (**co. 6**);
- la possibilità dello svolgimento della procedura in **più fasi successive** per ridurre il numero di offerte da negoziare (**co. 7**);
- la **conclusione delle negoziazioni (co. 8)**;
- la possibilità di **aggiudicazione degli appalti senza negoziazione (co. 9)**.

Il termine per la ricezione delle offerte e il richiamo ai casi previsti dall'art. 72, co. 4, 5 e 6 del codice tengono conto della scelta normativa di adottare le modalità telematiche quale strumento ordinario di svolgimento della procedura di gara.

Si richiamano alcuni **allegati al codice**.

Art. 74 – Dialogo competitivo

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

2. Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara ai sensi dell'articolo 84.
3. Le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara o nell'avviso di indizione di gara o in un documento descrittivo allegato le esigenze che intendono perseguire, i requisiti da soddisfare, il criterio di aggiudicazione, la durata indicativa della procedura nonché eventuali premi o pagamenti per i partecipanti al dialogo. L'appalto è aggiudicato unicamente sulla base del criterio dell'offerta con il miglior rapporto qualità/prezzo conformemente all'articolo 108.
4. Prima dell'avvio del dialogo le stazioni appaltanti possono organizzare una consultazione con gli operatori economici selezionati sulla base della documentazione posta a base di gara e sulle modalità di svolgimento del dialogo. Nei trenta giorni successivi alla conclusione della consultazione i partecipanti selezionati possono recedere dal dialogo.
5. Il dialogo competitivo riguarda tutti gli aspetti dell'appalto ed è finalizzato all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le necessità della stazione appaltante. Ove previsto nel bando di gara o nel documento descrittivo e in applicazione del criterio di aggiudicazione ivi previsto, il dialogo competitivo può svolgersi in fasi successive per ridurre il numero di soluzioni emerse durante la fase del dialogo. Il dialogo competitivo prosegue finché la stazione appaltante non individua la soluzione o le soluzioni idonee a soddisfare le proprie esigenze. Dichiarato concluso il dialogo e informati i partecipanti rimanenti, la stazione appaltante invita ciascuno di loro a presentare l'offerta finale sulla base della soluzione o delle soluzioni presentate e specificate nella fase del dialogo. L'offerta contiene tutti gli elementi richiesti e necessari per l'esecuzione del progetto. Le offerte presentate possono essere, su richiesta della stazione appaltante, chiarite, precisate e perfezionate. I chiarimenti, le precisazioni e il completamento delle informazioni non possono avere l'effetto di modificare gli aspetti essenziali dell'offerta o dell'appalto, compresi i requisiti e le esigenze indicati nel bando di gara, nell'avviso di indizione di gara o nel documento descrittivo, qualora le variazioni rischino di falsare la concorrenza o di avere un effetto discriminatorio.
6. Le stazioni appaltanti valutano le offerte ricevute sulla base dei criteri di aggiudicazione fissati nel bando di gara, nell'avviso di indizione di gara o nel documento descrittivo.
7. La stazione appaltante può condurre ulteriori negoziazioni con l'operatore economico che risulta aver presentato l'offerta con il miglior rapporto qualità/prezzo per confermare gli impegni finanziari o altri contenuti dell'offerta attraverso il completamento delle clausole del contratto, a condizione che da ciò non consegua la modifica sostanziale di elementi fondamentali dell'offerta o dell'appalto pubblico, comprese le esigenze e i requisiti definiti nel bando di gara o nel documento descrittivo, e che non si rischi di falsare la concorrenza o creare discriminazioni.

Anche in questo caso il **calco della disciplina è di stampo unionale**, con particolare riferimento a:

- la **legittimazione a chiedere di partecipare al dialogo competitivo (co. 1)**;
- il **termine** per la ricezione delle domande di partecipazione (**co. 2**);
- il **contenuto** del bando di gara, dell'avviso di indizione di gara o del documento descrittivo e il criterio di aggiudicazione applicabile (**co. 3**);
- la **strutturazione della procedura** nelle fasi del dialogo e dell'aggiudicazione (**co. 5**);
- la **valutazione delle offerte (co. 6)**;

- la fase di dialogo post aggiudicazione (co. 7).

La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** ha chiarito che *“L’articolato non contiene la disposizione relativa all’obbligo di specifica motivazione sulla sussistenza dei presupposti giustificativi del ricorso al dialogo competitivo, tenuto conto che già l’art. 70, regolando l’ambito di applicazione del dialogo competitivo e della procedura competitiva con negoziazione, limita l’onere delle amministrazioni aggiudicatrici che intendano indire tali procedure a giustificare la ricorrenza dei relativi presupposti di utilizzo.*

Peraltro, la previsione di uno specifico obbligo di motivazione soltanto in relazione ad una delle procedure flessibili richiamate dall’art. 70 avrebbe potuto essere intesa come foriera di una differenziazione dei relativi istituti, non giustificata dall’ordinamento unionale ed interno, sussistendo per tutte le procedure flessibili un mero obbligo di specificare l’integrazione dei presupposti idonei a legittimarne l’utilizzo, senza ulteriori considerazioni, riferibili all’inidoneità a realizzare le esigenze alla base della gara attraverso l’impiego di altre procedure di scelta del contraente”.

Per meglio garantire l’autonomia della disciplina sui **settori speciali**, l’articolo **non richiama l’invito a confermare interesse** ove sia utilizzato, nei settori speciali, l’avviso sull’esistenza di un sistema di qualificazione come mezzo di indizione di gara.

Sul punto, sempre la **Relazione illustrativa del Consiglio di Stato**, ha spiegato che *“in tale maniera, la disciplina dettata dall’art. 74 è stata depurata da ogni riferimento ad istituti propri dei settori speciali, manifestando la sua diretta applicazione ai dialoghi competitivi indetti nell’ambito dei settori generali. L’articolato prevede espressamente l’obbligo di definire i criteri di aggiudicazione e di indicare la durata indicativa della procedura, interpretando in tali termini la locuzione “termine indicativo” di cui all’art. 30, comma 2, direttiva n. 2014/24/UE (co. 3)”.*

Sotto un altro punto di vista, si è evidenziata la mancata esplicitazione della possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di integrare i documenti alla base delle offerte ricevute sulla base di quanto emerso nel dialogo competitivo, tenuto conto che *“da un lato, si tratta di facoltà non espressamente prevista dall’art. 30 della direttiva n. 2014/24/UE; dall’altro, le esigenze di flessibilità sono già garantite dalla possibilità, prevista dal testo (co. 5), di chiarire, precisare e perfezionare le offerte nel rispetto del principio di non discriminazione”.*

Il **co. 4** prevede la possibilità di indire, dopo una fase di pre-qualificazione, una **conferenza** (sottoposta ad obbligo di verbalizzazione) con i candidati selezionati, per discutere alcuni profili dell’appalto in affidamento, consentendo agli operatori economici, entro un termine di **30 giorni dalla conclusione della riunione**, di ritirare la domanda di partecipazione già presentata.

In merito la **Relazione Illustrativa** ritiene ammissibile *“la possibilità per l’amministrazione aggiudicatrice, all’esito della conferenza, di decidere di revocare il bando di gara, provvedendovi in una fase anticipata della gara, in modo da minimizzare i rischi di responsabilità pre-contrattuale”*, in quanto

soluzione coerente con il **principio di inesauribilità del potere amministrativo** e conforme all'**art. 21-quinquies L. 241/1990**.

Da segnalare l'eliminazione delle disposizioni sulla possibilità di limitare il numero di candidati idonei da invitare a partecipare alla procedura (trattandosi di facoltà già prevista dall'**art. 70**) e sul rispetto del principio di parità di trattamento (profilo, parimenti, regolato dall'**art. 70**).

Art. 75 – Partenariato per l'innovazione

1. *Nei documenti di gara la stazione appaltante identifica l'esigenza di prodotti, servizi o lavori innovativi che non può essere soddisfatta con quelli disponibili sul mercato. Indica altresì gli elementi dei prodotti, servizi o lavori innovativi identificati che definiscono i requisiti minimi che tutti gli offerenti devono soddisfare. Tali informazioni sono sufficientemente precise per permettere agli operatori economici di individuare la natura e l'ambito della soluzione richiesta e decidere se partecipare alla procedura.*

2. *Nel partenariato per l'innovazione qualsiasi operatore economico può formulare una domanda di partecipazione in risposta a un bando di gara o a un avviso di indizione di gara, fornendo gli elementi richiesti dalla stazione appaltante.*

3. *La stazione appaltante può decidere di instaurare il partenariato per l'innovazione con uno o più operatori economici che conducono attività di ricerca e sviluppo separate. Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara ai sensi dell'articolo 84. Gli appalti sono aggiudicati unicamente sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo ai sensi dell'articolo 108.*

4. *Nel selezionare i candidati le stazioni appaltanti applicano i criteri relativi alle capacità dei candidati nel settore della ricerca e dello sviluppo e nella messa a punto e attuazione di soluzioni innovative. Soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti in seguito alla valutazione delle informazioni richieste possono presentare progetti di ricerca e di innovazione.*

5. *Il partenariato per l'innovazione è strutturato in fasi successive secondo la sequenza del processo di ricerca e di innovazione, che può comprendere la fabbricazione dei prodotti o la prestazione dei servizi o la realizzazione dei lavori, il cui valore stimato non deve essere sproporzionato rispetto all'investimento richiesto per il loro sviluppo. In particolare, la durata e il valore delle varie fasi riflettono il grado di innovazione della soluzione proposta e la sequenza di attività di ricerca e di innovazione necessarie per lo sviluppo di una soluzione innovativa non ancora disponibile sul mercato. Il partenariato per l'innovazione fissa obiettivi intermedi che le parti devono raggiungere e prevede il pagamento della remunerazione mediante rate congrue. Sulla base degli obiettivi intermedi e del loro effettivo conseguimento, la stazione appaltante può decidere, dopo ogni fase, di risolvere il partenariato per l'innovazione o, nel caso di un partenariato con più operatori, di ridurre il numero degli operatori risolvendo singoli contratti, a condizione che essa abbia indicato nei documenti di gara tali possibilità e le condizioni per avvalersene.*

6. *L'offerta iniziale e quelle successive, esclusa l'offerta finale, possono essere negoziate per migliorarne il contenuto, salvo che per gli aspetti relativi ai requisiti minimi e ai criteri di aggiudicazione. Ove previsto nel bando di gara, nell'invito a confermare l'interesse o in altro documento di gara e in applicazione del criterio di*

aggiudicazione ivi previsto, le negoziazioni nel corso della procedura possono svolgersi in fasi successive per ridurre il numero di offerte da negoziare. La stazione appaltante informa per iscritto tutti gli offerenti le cui offerte non sono state escluse delle modifiche alle specifiche tecniche o ad altri documenti di gara diversi da quelli che stabiliscono i requisiti minimi; concede agli offerenti un tempo sufficiente per modificare e ripresentare, ove opportuno, le offerte modificate.

Si tratta nuovamente di un istituto di **matrice eurounitaria**, considerando in specie:

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

Art. 76 – Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando

1. Le stazioni appaltanti possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara quando ricorrono i presupposti fissati dai commi seguenti, dandone motivatamente conto nel primo atto della procedura in relazione alla specifica situazione di fatto e alle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano, e nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3. A tali fini le stazioni appaltanti tengono conto degli esiti delle consultazioni di mercato eventualmente eseguite, rivolte anche ad analizzare i mercati europei oppure, se del caso, extraeuropei.

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

a) quando non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata, né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate e purché sia trasmessa una relazione alla Commissione europea, su richiesta di quest'ultima; un'offerta non è ritenuta appropriata se non presenta alcuna pertinenza con l'appalto ed è, quindi, manifestamente inadeguata a rispondere alle esigenze della stazione appaltante e ai requisiti specificati nei documenti di gara, salvo modifiche sostanziali. Una domanda di partecipazione non è ritenuta appropriata se l'operatore economico interessato è escluso ai sensi degli articoli 94, 95, 96, 97 e 98 o non soddisfa i requisiti stabiliti dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 100;

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

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

2) la concorrenza è assente per motivi tecnici;

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

3. Le eccezioni di cui al comma 2, lettera b), numeri 2) e 3), si applicano solo quando non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto.

4. Nel caso di appalti pubblici di forniture la procedura di cui al presente articolo è inoltre consentita nei casi seguenti: a) quando i prodotti oggetto dell'appalto siano fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo, salvo che si tratti di produzione in quantità volta ad accertare la redditività commerciale del prodotto o ad ammortizzare i costi di ricerca e di sviluppo; b) nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, quando il cambiamento di fornitore obblighi la stazione appaltante ad acquistare forniture con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può comunque di regola superare i tre anni; c) per forniture quotate e acquistate sul mercato delle materie prime; d) per l'acquisto di forniture o servizi a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dagli organi delle procedure concorsuali.

5. La procedura prevista dal presente articolo è altresì consentita negli appalti pubblici relativi ai servizi quando l'appalto faccia seguito a un concorso di progettazione e debba, in base alle norme applicabili, essere aggiudicato al vincitore o a uno dei vincitori del concorso. In quest'ultimo caso, tutti i vincitori devono essere invitati a partecipare ai negoziati.

6. La procedura prevista dal presente articolo può essere usata per nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi, già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale dalle medesime stazioni appaltanti, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi al progetto a base di gara e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo una procedura di cui all'articolo 70, comma 1. Il progetto a base di gara indica l'entità di eventuali lavori o servizi complementari e le condizioni alle quali essi verranno aggiudicati. La possibilità di avvalersi della procedura prevista dal presente articolo è indicata sin dall'avvio del confronto competitivo nella prima operazione e l'importo totale previsto per la prosecuzione dei lavori o della prestazione dei servizi è computato per la determinazione del valore globale dell'appalto, ai fini dell'applicazione delle soglie di cui all'articolo 14, comma 1. Il ricorso a questa procedura è limitato al triennio successivo alla stipulazione del contratto di appalto iniziale.

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

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

Deve sottolinearsi fin da subito la nuova collocazione sistematica, dopo gli articoli sulle procedure di gara pubbliche, così da segnalare la **eccezionalità** della procedura un tempo prevista dall'art. 63 del D.Lgs. n. 50/2016; ciò, tenuto conto pure di quanto previsto nella **direttiva n. 2014/24/UE**, in cui la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara è regolata nell'ultimo articolo dedicato alle "procedure".

Il **co. 1** valorizza l'obbligo di motivazione che, seppure non previsto nel testo dell'**art. 32 direttiva n. 2014/24/UE**, è però richiamato nel **considerando n. 50 e nell'art. 84 della medesima direttiva**.

In merito, si è evidenziato anche il collegamento con le consultazioni preliminari di mercato, utili per permettere a ciascuna Amministrazione un'autonoma valutazione su come operare, alla luce delle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano.

Ai **co. 2, 3, 4, 5 e 6** è regolato e circoscritto l'**ambito di applicazione** della procedura negoziata senza pubblicazione di un bando.

Il **co. 7** prevede alcune modifiche volte a garantire le esigenze di flessibilità e speditezza sottese alla **gara informale**.

La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** spiega in questi termini le ragioni della disposizione: *"In primo luogo, è stata reintrodotta la clausola della possibilità di indizione della **gara informale**, già prevista dall'art. 57, co. 6, D.Lgs. 163/2006: l'istituto in esame trova applicazione in fattispecie in cui la gara, talvolta, non è in astratto configurabile (si pensi, ad esempio, alle ipotesi codificate in cui le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico), talaltra non è in concreto praticabile (si pensi, ad esempio, all'urgenza qualificata dall'art. 64, comma 2, lett. c), che potrebbe anche impedire un previo confronto concorrenziale ove incompatibile con la tempistica dell'esecuzione della commessa).*

*Per l'effetto, attraverso la clausola di salvaguardia in esame, si rimette alla **valutazione concreta di ogni Amministrazione aggiudicatrice** la possibilità di indire una gara informale ai fini della selezione del contrente affidatario della commessa".*

In secondo luogo:

- è stato **ridotto il numero delle imprese da invitare alla negoziazione**, ripristinandosi anche in tale ipotesi il numero minimo di tre previsto dall'**art. 57, co. 6 D.Lgs. 163/2006**, idoneo ad assicurare l'effettività del confronto concorrenziale; nonché
- è stato **eliminato il riferimento al principio di rotazione**.

Sulla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara sono intervenuti il **D.L. 76/2020, convertito dalla L. 120/2020** ed il **D.L. 77/2021, convertito dalla L. 108/2021**: nello specifico,

si rinvia agli artt. 2, co. 3 D.L. 76/2020, 48, co. 3 D.L. 77/2021, 53, co. 1 D.L. 77/2021, 54, co. 2-ter D.L. 77/2021.

Per quanto attiene all'**obbligo di motivazione** sull'utilizzo della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara di cui al co. 1, si è tenuto conto delle **Linee Guida dell'ANAC n. 8** sul "*ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili*".

In particolare, rilevano i seguenti passaggi motivazionali:

- "*ciascuna stazione appaltante accerta i presupposti per ricorrere legittimamente alla deroga in esame, valutando il caso concreto alla luce delle caratteristiche dei **mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano**, e motiva sul punto nella delibera o determina a contrarre o altro atto equivalente, nel pieno rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, ovvero dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità*";

- "*la stazione appaltante non può accontentarsi al riguardo delle dichiarazioni presentate dal fornitore, ma deve **verificare l'impossibilità a ricorrere a fornitori o soluzioni alternative attraverso consultazioni di mercato**, rivolte anche ad analizzare i mercati comunitari e/o, se del caso, extraeuropei*";

- "*Per una corretta progettazione e per un'efficiente predisposizione dei bandi di gara, nelle situazioni in cui la stazione appaltante ritiene che un certo fabbisogno possa essere soddisfatto unicamente mediante l'acquisto di beni o servizi infungibili o che possano condurre a situazioni di non reversibilità della scelta è necessario che la stazione appaltante **acquisisca tutte le informazioni disponibili**. Innanzitutto è opportuno che quest'ultima osservi il comportamento di acquisto tenuto da altre amministrazioni, che hanno soddisfatto analoghi interessi pubblici, **verificando, in particolare, se hanno svolto procedure a evidenza pubblica e i risultati ottenuti**. Potrebbe essere utile in tale fase procedere anche alla **consultazione dei cataloghi elettronici del mercato** delle altre amministrazioni aggiudicatrici, nonché di altri di fornitori esistenti. Se tale analisi non è soddisfacente, è necessario rivolgersi al mercato, attraverso adeguate consultazioni preliminari, per verificare quali siano le soluzioni effettivamente disponibili per soddisfare l'interesse pubblico per il quale si procede.*

Le consultazioni sono preordinate a superare eventuali asimmetrie informative, consentendo alla stazione appaltante di conoscere se determinati beni o servizi hanno un mercato di riferimento, le condizioni di prezzo mediamente praticate, le soluzioni tecniche disponibili, l'effettiva esistenza di più operatori economici potenzialmente interessati alla produzione e/o distribuzione dei beni o servizi in questione".

- "*Nella **delibera o determina a contrarre** la stazione appaltante dà **puntuale riscontro** degli esiti della consultazione preliminare di mercato e delle conclusioni che conducono a ritenere infungibile la fornitura o il servizio*";

- "*Le consultazioni preliminari di mercato sono svolte in ossequio ai principi di trasparenza e massima partecipazione, al fine di non falsare la concorrenza. Le consultazioni preliminari di mercato sono volte a*

confermare l'esistenza dei presupposti che consentono ai sensi dell'art. 63, comma 1, decreto legislativo 50/2016 il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando ovvero individuare l'esistenza di soluzioni alternative. I risultati delle soluzioni individuate a seguito delle consultazioni preliminari di mercato sono riportati nella determina a contrarre".

PARTE V

DELLO SVOLGIMENTO DELLE PROCEDURE

TITOLO I

GLI ATTI PREPARATORI

Art. 77 – Consultazioni preliminari di mercato

1. Le stazioni appaltanti possono svolgere consultazioni di mercato per predisporre gli atti di gara, ivi compresa la scelta delle procedure di gara, e per informare gli operatori economici degli appalti da esse programmati e dei relativi requisiti richiesti.

2. Per le finalità di cui al comma 1 le stazioni appaltanti possono acquisire informazioni, consulenze, relazioni e ogni altra documentazione idonea, anche di natura tecnica, da parte di esperti, operatori di mercato, autorità indipendenti o altri soggetti idonei. Tale documentazione può essere utilizzata anche nella pianificazione e nello svolgimento della procedura di appalto, a condizione che non abbia l'effetto di falsare la concorrenza e non comporti una violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza.

Gli **artt. 77-82** hanno **natura tecnica** e sono perlopiù riproduttivi della **direttiva n. 2014/24/UE (artt. 40, 41, 42, 43, 48)**.

Dal punto di vista sistematico, la sezione "bandi e avvisi" prevista dal D.Lgs. 50/2016 è stata suddivisa in un "titolo I" relativo agli "gli atti preparatori", comprendente gli **artt. 77-82**, e un "titolo II" relativo a "I bandi, gli avvisi e gli inviti", che contempla gli **artt. 83-90**.

Il **co. 1** prevede che le consultazioni preliminari di mercato possono essere utilizzate anche per la **scelta della procedura di gara**, coerentemente all'**art. 76, co. 1 del codice**.

Il **co. 2** delinea l'**oggetto delle acquisizioni** che possono essere compiute attraverso le consultazioni preliminari di mercato, prevedendo la possibilità adoperare "informazioni, consulenze, relazioni e ogni altra documentazione idonea, anche di natura tecnica" anche nella pianificazione e nello svolgimento

della procedura di appalto, purché non si violino i principi di concorrenza, di non discriminazione e di trasparenza.

Con riferimento alle consultazioni preliminari di mercato, vigente il precedente codice, sono state adottate le **Linee Guida ANAC n. 14/2019**, descrittive della normativa e di raccolta degli sviluppi giurisprudenziali in materia; la giurisprudenza ivi richiamata, infatti, come chiarito dalla **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato**, *“risulta condizionata dalla specificità dei casi analizzati, che hanno visto la necessità di esplicitare aspetti talvolta ovvi (una consultazione preliminare di mercato non può, data la diversa e specifica finalità dell’istituto, essere utilizzata in luogo di un bando di gara; non trattandosi di una “gara” i partecipanti non sono soggetti alla verifica di requisiti di partecipazione; i partecipanti non devono approfittare della procedura per tenere condotte di concorrenza sleale)”*.

Art. 78 – Partecipazione alle consultazioni preliminari di candidati o offerenti

1. *Qualora un candidato o un offerente o un’impresa collegata a un candidato o a un offerente abbia fornito la documentazione ovvero le informazioni, i dati e le notizie di cui all’articolo 77, comma 2, o abbia altrimenti partecipato alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell’appalto, la stazione appaltante adotta misure adeguate per garantire la trasparenza e che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell’offerente stesso. La comunicazione agli altri candidati e offerenti di informazioni pertinenti scambiate nel corso delle consultazioni preliminari, nonché la fissazione di termini adeguati per la ricezione delle offerte costituiscono la minima misura adeguata.*

2. *Qualora non sia possibile garantire il rispetto del principio della parità di trattamento, la stazione appaltante invita il candidato o l’offerente interessato a fornire, entro un termine comunque non superiore a dieci giorni, ogni elemento idoneo a provare che la sua partecipazione alla preparazione e alla scelta della procedura di aggiudicazione dell’appalto non costituisce causa di alterazione della concorrenza. Se la stazione appaltante non ritiene adeguate le giustificazioni fornite, il candidato o l’offerente interessato è escluso dalla procedura.*

3. *Le misure adottate dalla stazione appaltante sono indicate nella relazione unica prevista dall’articolo 112.*

I **co. 1-2** si rifanno alle **Linee Guida ANAC n. 14/2019**, soprattutto per quanto riguarda la **possibile asimmetria informativa** che la partecipazione alle consultazioni preliminari di mercato può comportare in favore di un operatore economico.

Il nuovo testo normativo seguendo - come prescritto dall’art. 1, comma 2, lett. a) della l. 78/2022 - il criterio di stretta aderenza all’**art. 41, par. 3 della direttiva n. 2014/24/UE**, specifica che, nei casi critici, spetta al candidato o all’offerente provare che la sua partecipazione alla preparazione o scelta della procedura non gli ha garantito un particolare vantaggio competitivo.

Ciò è coerente con il **principio di prossimità della prova** e supera quanto in precedenza indicato al punto 5.4 delle Linee Guida ANAC n. 14/2019.

Si ritiene, dunque, che le Linee Guida ANAC n. 14/2019 restino, nel complesso, o superate o assorbite dalle nuove disposizioni.

Art. 79 – Specifiche tecniche

Le specifiche tecniche sono definite e disciplinate dall'allegato II.5.

Si veda *sub* **art. 80 del codice**.

Art. 80 – Etichettature

Le etichettature sono definite e disciplinate dall'allegato II.5.

Gli artt. 79 e 80 rinviano per quanto attiene alle specifiche tecniche ed alle etichettature all'**Allegato II.5**: quest'ultimo accorpa l'**Allegato XIII D.Lgs. 50/2016**, a sua volta riprodotto dell'**Allegato VII della direttiva n. 2014/24/UE**, nonché il disposto degli **artt. 68 e 69 D.Lgs. 50/2016**.

Nell'Allegato II.5, dopo le definizioni, è prevista la disciplina delle specifiche tecniche e delle etichettature, che ripropone quella della direttiva: come sottolineato dalla **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato**, "quest'ultima, a sua volta, è il precipitato di una ormai risalente giurisprudenza della Corte di giustizia in materia (cfr. considerando 74 della direttiva n. 2014/24/UE; per quanto concerne le specifiche tecniche, già con riferimento alla direttiva n. 2004/18/CE, si veda la sentenza 10 maggio 2012 Commissione c. Paesi Bassi in causa C-368/10; con riferimento all'art. 42 della direttiva n. 2014/24/UE si veda la sentenza 25 ottobre 2018, Roche Lietuva UAB in causa C-413/17)".

Art. 81 – Avvisi di pre-informazione

1. Le stazioni appaltanti rendono nota entro il 31 dicembre di ogni anno l'intenzione di bandire per l'anno successivo appalti pubblicando sul proprio sito istituzionale un avviso di pre-informazione recante le informazioni di cui all'allegato II.6, Parte I, lettera B, sezione B.1. Per gli appalti di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 14, l'avviso di pre-informazione è pubblicato dall'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea o dalla stazione appaltante sul proprio sito istituzionale. In quest'ultimo caso le stazioni appaltanti comunicano l'avviso di pre-informazione all'ANAC che, tramite la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, cura l'invio al suddetto Ufficio di un avviso relativo alla pubblicazione sul sito istituzionale della stazione appaltante contenente le informazioni di cui all'allegato II.6, Parte I, lettera A.

2. Per le procedure ristrette e le procedure competitive con negoziazione, le stazioni appaltanti sub-centrali possono utilizzare un avviso di pre-informazione come indizione di gara, purché l'avviso soddisfi tutte le seguenti condizioni:

a) si riferisca specificatamente alle forniture, ai lavori o ai servizi che saranno oggetto dell'appalto da aggiudicare;

b) indichi che l'appalto sarà aggiudicato mediante una procedura ristretta o una procedura competitiva con negoziazione senza ulteriore pubblicazione di un avviso di indizione di gara e inviti gli operatori economici interessati a manifestare il proprio interesse;

c) contenga, oltre alle informazioni di cui all'allegato II.6, Parte I, lettera B, sezione B.1, le informazioni di cui all'allegato II.6, Parte I, lettera B, sezione B.2; d) sia stato inviato alla pubblicazione non meno di trentacinque giorni e non oltre dodici mesi prima della data di invio dell'invito a confermare l'interesse di cui all'articolo 89, comma 1.

3. L'avviso di cui al comma 2 è pubblicato sul sito istituzionale della stazione appaltante quale pubblicazione supplementare a livello nazionale, a norma dell'articolo 85.

4. Il periodo coperto dall'avviso di pre-informazione non può superare il termine di dodici mesi dalla data di trasmissione dell'avviso per la pubblicazione. Tuttavia, nel caso di appalti pubblici per i servizi di cui all'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, l'avviso di pre-informazione può coprire un periodo fino a ventiquattro mesi.

Si recepisce l'**art. 48 della direttiva n. 2014/24/UE**, che disciplina il contenuto degli avvisi di pre-informazione nell'**Allegato V**, poi recepito, con contenuto identico a quello unionale, nell'**Allegato XIV del previgente codice**.

Con il nuovo codice le informazioni in questione sono inserite, invece, nell'**Allegato II.6**.

Il **co. 1** prevede che la trasmissione dei dati degli avvisi all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione Europea, ove richiesto dalla direttiva, avviene da parte di ANAC, per il tramite della Banca dati nazionale dei contratti di cui all'art. 23 del codice: la **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** sottolinea che "la soluzione è coerente con la complessiva scelta di digitalizzazione e semplificazione del ciclo di vita dei contratti, anche grazie all'accentramento presso ANAC delle attività di trasmissione e/o pubblicazione di bandi e avvisi prescritte obbligatoriamente in ambito europeo (tanto ai fini della pubblicità legale, art. 84, commi 1 e 2, che di pubblicità notizia, artt. 84, comma 3 e 85, comma 3) nonché, in ambito nazionale, ai fini di pubblicità legale (art. 85, commi 1, 3, 4)".

Si rafforza così la funzione di supporto dell'ANAC alle stazioni appaltanti prevista dell'art. 1, lett. b) della legge delega 78/2022: si dà piena attuazione alla funzione normativa statale di coordinamento informativo, statistico e informatico dei dati dell'amministrazione, prevista dall'art. 117, co. 2, lett. r) della Costituzione.

Il **co. 2** disciplina le ipotesi in cui le stazioni appaltanti sub-centrali possono utilizzare un **avviso di pre-informazione** come strumento di indizione della gara, nei casi si avvalgano per la **scelta del contraente**, delle **procedure ristrette** o delle **procedure competitive di negoziazione**; per

l'individuazione del contenuto necessario dell'avviso, si richiama l'**Allegato II.6, lett. B, sezione B.1 e B.2.**

Il **co. 3** dispone che, laddove si sia fatto ricorso all'avviso di pre-informazione per l'indizione della gara, se ne debba dare notizia sul sito istituzionale della stazione appaltante, come **forma di pubblicazione supplementare** a livello nazionale.

Il **co. 4**, con riferimento ai **servizi "sociali ed assimilati"**, prevede il recepimento dell'**art. 48 della direttiva 2014/24/UE.**

Vi sono solo delle differenze semantico-linguistiche: come evidenziato dalla **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** *"l'art. 48 della direttiva consentiva, infatti, che l'avviso di pre-informazione potesse coprire un periodo "più lungo di 12 mesi", demandando al legislatore nazionale una opzione, che è in effetti stata esercitata già con il previgente codice; quest'ultimo aveva infatti previsto, all'art. 70, comma 3, la possibilità che l'avviso di pre-informazione coprisse un "periodo più lungo di dodici mesi e non superiore a 24 mesi"; la tempistica pari a 24 mesi viene riproposta con il presente codice; inserito un termine massimo puntuale e compatibile con la direttiva ne consegue l'inutilità dell'ulteriore ovvia precisazione che si tratti di un tempo altresì "più lungo di 12 mesi", come ancora prescritto dal decreto legislativo n. 50 del 2016".*

Art. 82 – Documenti di gara

1. Costituiscono documenti di gara, in particolare:

- a) il bando, l'avviso di gara o la lettera d'invito;
- b) il disciplinare di gara;
- c) il capitolato speciale;
- d) le condizioni contrattuali proposte.

2. In caso di contrasto o contraddittorietà tra le disposizioni contenute nei documenti di cui al comma 1 prevalgono quelle inserite nel bando o nell'avviso di gara.

I **co. 1 e 2** sono ispirati ad un'esigenza di chiarezza, individuando i **principali documenti di gara** che la stazione appaltante deve predisporre introducendo, in caso di contrasto, il **principio di prevalenza del bando**: ciò è coerente con la giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2022, n. 7573, secondo cui il bando di gara rappresenta il *"documento fondamentale"* del procedimento di evidenza pubblica, al quale è rimesso di individuare i necessari riferimenti e gli eventuali collegamenti agli (ulteriori, correlati e successivi) atti di gara, i quali derivano il proprio contenuto (e la propria *"legittimazione"* funzionale) necessariamente dal primo. Se ne trae il corollario di una gerarchia differenziata all'interno della complessiva documentazione di gara, che – con specifico riguardo alla risoluzione di concreti contrasti interni tra le varie disposizioni della *lex specialis* – impone di dare la **prevalenza alle previsioni del bando**, laddove

le disposizioni del capitolato (o del disciplinare) possono soltanto integrare, ma non modificare le prime (cfr., tra le tante, Cons. Stato, sez. III, 3 marzo 2021, n. 1804; Id., sez. III, 29 aprile 2015, n. 2186; Id., sez. III, 11 luglio 2013 n. 3735; Id., sez. V, 24 gennaio 2013 n. 439; Id., sez. V, 17 ottobre 2012 n. 5297; Id., sez. V, 23 giugno 2010 n. 3963)''.

TITOLO II

I BANDI, GLI AVVISI E GLI INVITI

Art. 83 – Bandi e avvisi: contenuti e modalità di redazione

- 1. Tutte le procedure di scelta del contraente sono indette mediante bandi o avvisi di gara, salve le eccezioni di legge. Nei bandi o negli avvisi è indicato il codice identificativo di gara (CIG) acquisito attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici.*
- 2. I bandi, gli avvisi di pre-informazione e gli avvisi relativi agli appalti aggiudicati contengono le informazioni rispettivamente indicate nell'allegato II.6. I bandi di gara indicano altresì la durata del procedimento di gara, nel rispetto dei termini massimi di cui all'articolo 17, comma 3, e i criteri ambientali minimi di cui all'articolo 57, comma 2.*
- 3. Successivamente all'adozione da parte dell'ANAC di bandi tipo, i bandi di gara sono redatti in conformità degli stessi. Le stazioni appaltanti, nella delibera a contrarre, motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo.*

Il Titolo II attua gli **artt. 49, 51, 52, 53, 54, 55 della direttiva n. 2014/24/UE**.

Gli **artt. 84-85**, in particolare, disciplinano la pubblicità di bandi e avvisi: se l'**art. 84** si focalizza sugli obblighi di pubblicazione prescritti **a livello unionale per le gare sopra-soglia** (da attuarsi in raccordo con l'Ufficio per le pubblicazioni dell'Unione Europea), l'**art. 85** è invece incentrato sulla **pubblicità nazionale**.

Ciò posto, con riguardo all'**art. 83**, i **co. 1-2** individuano i **contenuti di bandi e avvisi**, secondo la disciplina eurounitaria, il tutto tramite rinvio all'**Allegato II.6**, a sua volta riprodotto dell'**Allegato V della direttiva n. 2014/24/UE**.

La norma menziona altresì la necessità di inserimento nei bandi dell'obbligo di rispetto dei criteri ambientali minimi, in ossequio alla vincolatività degli stessi prescritta dall'art. 1, co. 2, lett. f) della legge delega 78/2022; si richiede poi alla stazione appaltante di individuare un termine di durata della procedura, per agevolare una miglior prevedibilità dei tempi amministrativi.

Quanto alle **modalità di pubblicità**, l'articolo prescrive che le gare sono indette mediante bandi o avvisi di gara "salvo diversa previsione di legge"; si è così scelto di discostarsi dal modello seguito dal D.Lgs. 50/2016 che elencava le singole procedure che consentono di derogare all'obbligo di indizione mediante bando pubblico.

Ciò in quanto, come ben precisato dalla **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato**, "mentre la direttiva si impone come un sistema di disciplina organico e chiuso, nell'ordinamento nazionale il dato empirico segnala che l'elenco chiuso inserito nel codice, vista l'insopprimibile tendenza del legislatore a disegnare in emergenza nuove procedure speciali, rischia di non essere mai esaustivo o tempestivamente aggiornato, risultando così poco utile. Resta evidente che il legislatore non sarà libero di dettare deroghe agli obblighi di pubblicità, in quanto ogni eventuale eccezione alla disciplina unionale della pubblicità, deve comunque rispettare i limiti imposti dalla direttiva n. 2014/24/UE e quindi essere riconducibile alla casistica eccezionale e chiusa ivi contemplata".

Il **co. 3** prevede l'obbligo, per le stazioni appaltanti, di conformarsi ai **bandi tipo ANAC**, che, in quanto strumenti di semplificazione, sono stati fatti salvi dall'art. 1, lett. aa), della legge delega 78/2022.

Art. 84 – Pubblicazione a livello europeo

1. I bandi, gli avvisi di pre-informazione e gli avvisi relativi agli appalti aggiudicati di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 14 sono redatti dalle stazioni appaltanti e trasmessi all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, per il tramite della Banca dati nazionale dei contratti pubblici, secondo modalità conformi all'allegato II.7. La conferma da parte di detto Ufficio della ricezione e dell'avviso della pubblicazione trasmessa, con l'indicazione della data della pubblicazione, vale come prova della pubblicazione. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato II.7 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

2. I bandi e gli avvisi sono pubblicati per esteso in lingua italiana, fatte salve le norme vigenti nella provincia autonoma di Bolzano in materia di bilinguismo; il testo pubblicato in tali lingue è l'unico facente fede. Una sintesi degli elementi importanti di ciascun avviso o bando è pubblicata, a cura dell'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, nelle altre lingue ufficiali delle istituzioni dell'Unione europea.

3. Le stazioni appaltanti possono inviare per la pubblicazione avvisi relativi ad appalti pubblici che non sono soggetti all'obbligo di pubblicazione da parte dell'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, a condizione che essi siano trasmessi a tale ufficio secondo il modello e le modalità precisati al comma 1.

I **co. 1-2**, rispetto all'**art. 72**, **co. 4 D.Lgs. 50/2016**, non ripropongono le prescrizioni che dettagliano tempi e modalità di pubblicazione incumbenti sull'Ufficio per le pubblicazioni dell'Unione europea.

La *ratio* si coglie nelle parole della **Relazione illustrativa del Consiglio di Stato**, secondo cui “*si tratta di prescrizioni che rinvergono il loro fondamento nell’art. 49 della direttiva n. 2014/24/UE, il quale ultimo resta l’unica fonte di disciplina in materia, non essendo legittimato lo Stato nazionale a dettare o modificare prescrizioni vincolanti nei confronti di un organismo europeo quale è l’Ufficio delle pubblicazioni dell’Unione europea. La mera riproduzione del disposto della direttiva in questo contesto avrebbe quindi, al più, un effetto descrittivo*”.

Persistono, invece, gli aspetti di disciplina che, realizzando il coordinamento tra gli incombenti di pubblicazione unionali e quelli nazionali (quali l’obbligo e i tempi di prioritaria trasmissione in sede europea, l’utilizzo della modulistica appositamente predisposta dalla Commissione, la scelta della lingua della pubblicazione), si rivolgono anche alle amministrazioni nazionali, le quali ultime, nel nuovo ambito digitale, li adempiono tramite la Banca dati nazionale dei contratti.

I bandi e gli avvisi devono rispettare le prescrizioni di contenuto ed essere trasmessi tramite la modulistica di cui all’**Allegato II.7**, conforme all’**Allegato VIII della direttiva n. 2014/24/UE**: l’allegato codicistico summenzionato riproduce l’**Allegato V D.Lgs. 50/2016**, che a sua volta recepisce (in relazione agli appalti nei **settori ordinari** e nei **settori speciali**) la corrispondente parte dell’**Allegato VIII alla direttiva 2014/24/UE** e dell’**Allegato IX alla direttiva 2014/25/UE**.

La modulistica unionale viene periodicamente aggiornato mediante regolamenti di esecuzione adottati dalla Commissione, come previsto dall’art. 51 della direttiva n. 2014/24/UE, a sua volta rinviante alla procedura consultiva dettata dall’art. 4 del regolamento (UE) n. 182/2011.

Il **co. 3** ammette una **pubblicità facoltativa** in ambito europeo anche per gare per le quali ciò non sarebbe imposto dalla direttiva.

Art. 85 – Pubblicazione a livello nazionale

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

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

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

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

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

Ai **co. 1-5** è disciplinata la **pubblicità nazionale**, fermo il **raccordo con quella unionale**.

Gli **effetti giuridici** delle pubblicazioni decorrono dall'inserimento di bandi, avvisi e inviti nella Banca dati nazionale dei contratti gestita da ANAC, come prescritto dall'art. 27 del codice. Sempre dalla pubblicazione nella Banca dati ANAC decorrono i **termini per l'impugnazione giurisdizionale** dei bandi e degli avvisi ai sensi dell'art. 120, co. 2, c.p.a., come modificato dall'art. 209 del codice.

Da quanto sopra, si comprende come la disciplina della pubblicazione di bandi, avvisi e inviti nella Banca dati ANAC si inserisca sia nel contesto della funzione di coordinamento informativo, statistico e informatico dei dati dell'amministrazione (**art. 117, co. 2, lett. r) Cost.**) sia in ambito processuale (**art. 117, lett. l) Cost.**), rientrando così nella **competenza esclusiva dello Stato**.

Dalla **pubblicazione sul sito istituzionale** della stazione appaltante, invece, **non derivano effetti legali**, pur essendo comunque prevista dalla direttiva.

Art. 86 – Avviso volontario per la trasparenza preventiva

L'avviso volontario per la trasparenza preventiva, il cui formato è stabilito dalla Commissione europea secondo la procedura di consultazione di cui all'articolo 3-ter, paragrafo 2, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989 e di cui all'articolo 3-ter, paragrafo 2, della direttiva 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, contiene le seguenti informazioni:

- a) denominazione e recapito della stazione appaltante;*
- b) descrizione dell'oggetto del contratto;*
- c) motivazione della decisione della stazione appaltante di affidare il contratto senza pubblicazione di un bando di gara nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea;*
- d) denominazione e recapito dell'operatore economico a favore del quale è avvenuta l'aggiudicazione;*

e) se del caso, qualunque altra informazione ritenuta utile dalla stazione appaltante.

L'art. 86 recepisce l'art. 3 bis della direttiva n. 89/665/CE, modificata dalla direttiva 2007/66/UE.

Esso fa rivivere il vecchio istituto dell'avviso volontario per la trasparenza preventiva: si tratta di un retaggio del codice di cui al D.Lgs. 163/2006, nel cui corpo era stato inserito dal D.Lgs. 53/2010, per non essere poi riproposto dal D.Lgs. 50/2016.

Art. 87 – Disciplinare di gara e capitolato speciale

1. Il disciplinare di gara fissa le regole per lo svolgimento del procedimento di selezione delle offerte.
2. Il capitolato speciale definisce i contenuti del futuro rapporto contrattuale tra l'aggiudicatario e la stazione appaltante.
3. Il disciplinare di gara e il capitolato speciale indicano, per gli aspetti di rispettiva competenza, le specifiche tecniche, le etichettature, i rapporti di prova, le certificazioni e altri mezzi di prova, nonché il costo del ciclo di vita secondo quanto stabilito all'allegato II.8.

I co. 1-3 hanno **carattere meramente definitorio**, con ciò chiarendo la sequenza degli atti che compongono la *lex specialis* di gara (si vedano i richiami giurisprudenziali *sub* art. 82 del codice).

Si richiama l'**Allegato II.8**, con riferimento agli aspetti relativi alle specifiche tecniche, alle etichettature, ai rapporti di prova, alle certificazioni ed altri mezzi di prova, nonché al costo del ciclo di vita.

Tale allegato riproduce, con i necessari adattamenti, buona parte degli **artt. 87, 88 e 96 D.Lgs. 50/2016**, in tema di certificazioni di qualità e relativo registro nonché di rapporti e mezzi di prova.

Art. 88 – Disponibilità digitale dei documenti di gara

1. A decorrere dalla data di pubblicazione di un avviso o da quella di invio di un invito a confermare l'interesse, i documenti di gara sono resi disponibili in forma digitale, in modo gratuito, illimitato e diretto. L'avviso e l'invito a confermare l'interesse indicano il collegamento ipertestuale presso il quale i documenti di gara sono accessibili.
2. Nei casi di impossibilità di utilizzare mezzi di comunicazione elettronica previsti dal codice l'avviso o l'invito a confermare l'interesse ne danno conto e indicano le modalità con cui i documenti sono trasmessi. In questi casi il termine per la presentazione delle offerte è prorogato di non oltre cinque giorni.
3. Le ulteriori informazioni richieste sui documenti di gara sono comunicate a tutti gli offerenti oppure rese disponibili sulla piattaforma di approvvigionamento digitale e sul sito istituzionale almeno sei giorni prima

della scadenza del termine stabilito per la ricezione delle offerte e almeno quattro giorni prima quando il termine per la ricezione delle offerte è ridotto.

I **co.1-3** attuano l'**art. 53 della direttiva n. 2014/24/UE** e tengono conto della maggiore digitalizzazione prevista dall'intero sistema.

La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** evidenzia che *“la direttiva, ad esempio, assume che la protezione della riservatezza dei dati renda necessaria una deroga all'impiego di soluzioni digitali; all'attualità la digitalizzazione non è incompatibile con l'oscuramento di tutto o parte dei dati contenuti di un documento, sicché la riservatezza e l'uso di strumenti digitali non risultano più strutturalmente incompatibili; la prescrizione della direttiva ha perso quindi la sua indispensabilità, pur restando la riservatezza comunque garantita”*.

Il **co. 2** contiene una **disposizione di “chiusura”** per i casi di **impossibilità oggettiva di utilizzo del digitale**.

Art. 89 – Inviti ai candidati

1. *Nelle procedure ristrette, nel dialogo competitivo, nei partenariati per l'innovazione, nelle procedure competitive con negoziazione, le stazioni appaltanti invitano simultaneamente e per iscritto, attraverso le piattaforme di approvvigionamento digitale, i candidati selezionati a presentare le rispettive offerte o a negoziare o, nel caso di dialogo competitivo, a partecipare al dialogo. Nel caso di indizione di gara tramite un avviso di pre-informazione, le stazioni appaltanti invitano con le stesse modalità gli operatori economici che già hanno espresso interesse a confermare nuovamente il loro interesse.*

2. *Gli inviti menzionano il collegamento ipertestuale al quale sono stati resi direttamente disponibili per via elettronica i documenti di gara e comprendono le informazioni indicate nell'allegato II.9. Gli inviti sono corredati dei documenti di gara se non sono stati resi disponibili ai sensi dell'articolo 88. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato II.9 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.*

I **co. 1-2** riproducono l'**art. 54 della direttiva 2014/24/UE**, adeguandolo al nuovo contesto digitale, che vede nella piattaforma digitale un privilegiato strumento di dialogo tra concorrenti e stazioni appaltanti, mentre i collegamenti ipertestuali soddisfano l'esigenza di messa a disposizione della documentazione di gara.

Il contenuto degli inviti viene indicato mediante il rinvio alle informazioni contenute nell'**Allegato II.9**: questo allegato riproduce, adeguandoli alle nuove norme del codice, i contenuti dell'**Allegato XV D.Lgs. 50/2016**, a loro volta *in parte qua* riproduttivi dell'**Allegato IX alla direttiva 2014/24/UE**.

Si prevede l'abrogazione dell'allegato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'art. 17 della L. 23 agosto 1988, n. 400, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

Art. 90 – Informazione ai candidati e agli offerenti

1. Nel rispetto delle modalità previste dal codice, le stazioni appaltanti comunicano entro cinque giorni dall'adozione:

a) la motivata decisione di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro, o di riavviare la procedura o di non attuare un sistema dinamico di acquisizione, corredata di relativi motivi, a tutti i candidati o offerenti;

b) l'aggiudicazione all'aggiudicatario;

c) l'aggiudicazione e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato l'appalto o parti dell'accordo quadro a tutti i candidati e concorrenti che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta non siano state definitivamente escluse, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se tali impugnazioni non siano state già respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva;

d) l'esclusione ai candidati e agli offerenti esclusi, ivi compresi i motivi di esclusione o della decisione di non equivalenza o conformità dell'offerta;

e) la data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario ai soggetti di cui alla lettera c).

2. Le comunicazioni di cui al comma 1, lettere b) e c), indicano la data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, fermo restando quanto stabilito dall'articolo 18, comma 1.

3. Fermo quanto disposto dall'articolo 35, le stazioni appaltanti non divulgano le informazioni relative all'aggiudicazione degli appalti, alla conclusione di accordi quadro o all'ammissione ad un sistema dinamico di acquisizione, di cui ai commi 1 e 2, se la loro diffusione ostacola l'applicazione della legge o è contraria all'interesse pubblico, o pregiudica i legittimi interessi commerciali di operatori economici pubblici o privati o dell'operatore economico selezionato, oppure possa recare pregiudizio alla leale concorrenza tra questi.

I **co. 1-3** disciplinano le **comunicazioni in favore dei concorrenti** effettuate d'iniziativa della stazione appaltante.

Rispetto all'art. 76 D.Lgs. 50/2016, si propone una riorganizzazione delle comunicazioni coerente con un sistema in cui non è imposta una immediata impugnazione delle ammissioni, per le quali cade quindi l'obbligo di altrettanto immediata comunicazione.

Si individuano così gli atti che vengono comunicati **entro 5 giorni** dalla loro adozione (**interruzione della procedura, esclusione, aggiudicazione**); i verbali di gara e l'offerta vincitrice, nel sistema digitalizzato delle procedure, vengono resi direttamente disponibili su piattaforma per i concorrenti ammessi o non definitivamente esclusi, a partire dal momento dell'aggiudicazione (art. 36 del codice).

Non sono qui più contemplati gli atti da comunicare su richiesta, per la cui disciplina si rinvia alle disposizioni in materia di accesso (art. 35 del codice).

TITOLO III

LA DOCUMENTAZIONE DELL'OFFERENTE E I TERMINI PER LA PRESENTAZIONE DELLE DOMANDE E DELLE OFFERTE

Art. 91 – Domande, documento di gara unico europeo, offerte

1. *L'operatore economico che intende partecipare ad una procedura per l'aggiudicazione di un appalto utilizza la piattaforma di approvvigionamento digitale messa a disposizione dalla stazione appaltante per compilare i seguenti atti:*

a) la domanda di partecipazione;

b) il documento di gara unico europeo;

c) l'offerta;

d) ogni altro documento richiesto per la partecipazione alla procedura di gara.

2. *La domanda di partecipazione contiene gli elementi di identificazione del concorrente e l'indicazione della forma giuridica con la quale si presenta in gara, l'eventuale dichiarazione della volontà di avvalersi di impresa ausiliaria, nonché l'indicazione dei dati e dei documenti relativi ai requisiti speciali di partecipazione di cui agli articoli 100 e 103 contenuti nel fascicolo virtuale dell'operatore economico di cui all'articolo 24.*

3. *Con il documento di gara unico europeo, redatto in forma digitale in conformità al modello di formulario approvato con regolamento della Commissione europea, prodotto secondo il comma 1, l'operatore economico e le imprese ausiliarie dichiarano: a) di essere in possesso dei requisiti di ordine generale di cui al Titolo IV, Capo II, della presente Parte; b) di essere in possesso dei requisiti di ordine speciale di cui all'articolo 100 e, se richiesto, dei requisiti di cui all'articolo 103.*

4. *Il documento di gara unico europeo contiene tutte le informazioni richieste dalla stazione appaltante e, nel caso di partecipazione alla procedura di gara nella forma giuridica prevista dagli articoli 65 e 66, la dichiarazione circa la ripartizione della prestazione tra i componenti del raggruppamento o tra le imprese consorziate.*

5. *Le offerte tecniche ed economiche, redatte secondo le modalità di cui al comma 1, sono corredate dai documenti prescritti dal bando o dall'invito o dal capitolato di oneri. Nelle offerte l'operatore economico dichiara alla stazione appaltante il prezzo, i costi del personale e quelli aziendali per la sicurezza e le caratteristiche della prestazione, ovvero assume l'impegno ad eseguire la stessa alle condizioni indicate dalla stazione appaltante e dalla disciplina applicabile, nonché fornisce ogni altra informazione richiesta dalla stazione appaltante nei documenti di gara.*

Il titolo disciplina lo **svolgimento della procedura di gara**.

L'art. 91 riprende l'**art. 85 D.Lgs. 50/2016** con alcune significative novità.

In particolare, il **co. 1** afferma che la **documentazione** con la quale l'operatore economico partecipa alla procedura di gara è composta dalla domanda di partecipazione, dal DGUE e dalle offerte (tecnica ed economica) oltre agli altri documenti richiesti dall'amministrazione appaltante.

Per ognuno di essi è previsto un comma nel quale viene indicato il contenuto.

Il **co. 2** specifica il **contenuto della domanda di partecipazione**, da presentare in formato elettronico e con firma digitale, con indicazione della forma giuridica con la quale l'operatore economico si presenta in gara e l'eventuale dichiarazione della volontà di far ricorso all'avvalimento.

I **co. 3-4** indicano il **contenuto del DGUE**: è rilevante la ripartizione delle prestazioni fra i vari componenti nel caso l'operatore economico decida di partecipare nella forma del raggruppamento o del consorzio.

Il **co. 5** disciplina il **contenuto delle offerte**, specificando che devono essere sempre indicati i costi del personale e quelli aziendali per la sicurezza e le caratteristiche della prestazione, esigendosi la dichiarazione di impegno ad eseguirla nel rispetto dei vincoli di legge e del bando.

Art. 92 – Fissazione dei termini per la presentazione delle domande e delle offerte

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

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

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

b) se sono apportate modifiche significative ai documenti di gara; c) nei casi di cui all'articolo 25, comma 2, terzo periodo.

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

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

L'art. 92 richiama l'art. 79 D.Lgs. 50/2016, a sua volta riprodotto dell'art. 47 della direttiva 2014/24/UE.

Il co. 1, precisato che i termini indicati agli articoli relativi alle diverse procedure sono **termini minimi**, impone alla stazione appaltante di stabilire il termine per la presentazione delle offerte tenendo conto del tempo necessario alla loro preparazione, nel quale si computa l'eventuale **sopralluogo** e quanto occorra alla **consultazione** sul posto dei documenti e degli allegati.

Il co. 2 disciplina la **proroga dei termini**: rilevante è il caso previsto *sub c)*, ovvero quello di malfunzionamento della piattaforma informatica a disposizione dei concorrenti per la presentazione delle offerte.

Il co. 3 stabilisce il **principio generale** (in origine previsto per il solo malfunzionamento delle piattaforme elettroniche) secondo cui, in caso di proroga dei termini, gli operatori che hanno presentato offerta possono ritirarla e, eventualmente, sostituirla.

Il co. 4 è una **clausola di chiusura** rispetto alla disciplina dei termini, non contenuta nella previgente disciplina: si prevede che qualora l'amministrazione appaltante richieda il compimento di un'attività all'operatore economico per il quale non sia previsto un termine dalla legge, detto termine è di **10 giorni**, salvo diversa determinazione da parte dell'amministrazione appaltante: la **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** enfatizza che *"viene così coniugato il principio di legalità con quello di responsabilità dell'amministrazione appaltante, soltanto quest'ultima trovandosi nella condizione di poter apprezzare il tempo occorrente per l'adempimento richiesto"*.

TITOLO IV

I REQUISITI DI PARTECIPAZIONE E LA SELEZIONE DEI PARTECIPANTI

CAPO I

LA COMMISSIONE GIUDICATRICE

Art. 93 – Commissione giudicatrice

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

2. La commissione è composta da un numero dispari di componenti, in numero massimo di cinque, esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto. Possono essere nominati componenti supplenti.
3. La commissione è presieduta e composta da dipendenti della stazione appaltante o delle amministrazioni beneficiarie dell'intervento, in possesso del necessario inquadramento giuridico e di adeguate competenze professionali. Della commissione giudicatrice può far parte il RUP. In mancanza di adeguate professionalità in organico, la stazione appaltante può scegliere il Presidente e i singoli componenti della commissione anche tra funzionari di altre amministrazioni e, in caso di documentata indisponibilità, tra professionisti esterni. Le nomine di cui al presente comma sono compiute secondo criteri di trasparenza, competenza e rotazione.
4. La commissione può riunirsi con modalità telematiche che salvaguardino la riservatezza delle comunicazioni. La commissione opera attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale per la valutazione della documentazione di gara e delle offerte dei partecipanti.
5. Non possono essere nominati commissari:
 - a) coloro che nel biennio precedente all'indizione della procedura di aggiudicazione sono stati componenti di organi di indirizzo politico della stazione appaltante;
 - b) coloro che sono stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati previsti nel Capo I del Titolo II del Libro II del codice penale;
 - c) coloro che si trovano in una situazione di conflitto di interessi con uno degli operatori economici partecipanti alla procedura; costituiscono situazioni di conflitto di interessi quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del regolamento recante il codice di comportamento dei dipendenti pubblici, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62.
6. Salvo diversa motivata determinazione della stazione appaltante, in caso di rinnovo del procedimento di gara per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione o dell'esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione, tranne quando l'annullamento sia derivato da un vizio nella composizione della commissione.
7. Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalto con il criterio del minor prezzo o costo, la valutazione delle offerte è effettuata da un seggio di gara, anche monocratico, composto da personale della stazione appaltante, scelto secondo criteri di trasparenza e competenza, al quale si applicano le cause di incompatibilità di cui alle lettere b) e c) del comma 5.

Il **co. 1** prevede che la commissione giudicatrice possa essere chiamata dal responsabile del procedimento a svolgere **attività di supporto** ai fini della verifica dell'anomalia dell'offerta.

Nel **co. 3** si stabilisce che **a presiedere la commissione** non debba essere per forza un dirigente, ma anche un **dipendente** dotato di adeguato inquadramento giuridico e di competenze professionali idonee; si chiarisce poi che il **RUP può far parte della commissione giudicatrice**.

Data la centralità sistematica della commissione composta da **c.d. "interni"**, il **co. 3** prevede che, in caso di carenza in organico di professionalità adeguate a valutare gli aspetti tecnici delle offerte è possibile ricorrere a **personale di altre amministrazioni** ovvero a **professionisti esterni**, sempre rispettando il principio di pubblicità e di trasparenza.

Nel **co. 4** si prevede che la commissione possa riunirsi sempre anche **in via telematica**, ferma la necessità di garantire la riservatezza delle comunicazioni.

Il **co. 5** riguarda le **incompatibilità dei commissari**: è stata **eliminata** l'ipotesi della **incompatibilità endo-procedimentale**, che aveva comportato disagi alle stazioni appaltanti (specie di dimensioni ridotte) impendendo loro di nominare commissari dipendenti che nelle fasi precedenti della procedura si erano occupati dell'appalto. Si è così superata la presunzione di condizionamento sulla scelta dell'aggiudicataria, preferendo l'idea che essi, conoscendo in maniera più approfondita l'oggetto dell'appalto, possano più agevolmente individuare l'offerta migliore. È stata mantenuta, invece, l'**incompatibilità** derivante dall'aver assunto in precedenza **cariche politiche** nella medesima stazione appaltante e quelle derivanti da **precedenti penali**, dal **conflitto di interessi** e dalle ragioni che giustificano l'**astensione** ex art. 51 c.p.c.

Al riguardo la **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** ha spiegato che *“non è sembrato necessario riprodurre espressamente la norma dell'art. 77, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016, essendo sottinteso che al momento dell'accettazione della nomina i competenti della commissione devono sempre dichiarare di non trovarsi in alcuna delle situazioni che determinano l'obbligo di astensione o la sua opportunità, essendo stato tra l'altro puntualmente richiamato al comma 5, lett. c), l'art. 51 c.p.c.”*.

Nel **co. 6** è stata mantenuta la possibilità di **riesame**, da parte della commissione giudicatrice, delle offerte anche in seguito ad annullamento di una prima aggiudicazione (salvo che l'annullamento non sia dipeso da vizi della commissione stessa).

Il **co. 7** costituisce una **novità**: si disciplina il **seggio di gara**, che può essere nominato anche in **composizione monocratica** nelle procedure da aggiudicare **al prezzo più basso**, stabilendo che allo stesso non si applicano le incompatibilità previste per i commissari, salvo quelle derivanti da precedenti penali, dal conflitto di interesse o dalle ragioni che giustificano l'astensione ex art. 51 c.p.c.

CAPO II

I REQUISITI DI ORDINE GENERALE

Art. 94 – Cause di esclusione automatica

1. È causa di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile per uno dei seguenti reati:

a) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, 416-bis del codice penale oppure delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis oppure al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti, consumati o tentati, previsti dall'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre

1990, n. 309, dall'articolo 291-quater del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43 e dall'articolo 452-quaterdecies del codice penale, in quanto riconducibili alla partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'articolo 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio dell'Unione europea, del 24 ottobre 2008;

b) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 354, 355 e 356 del codice penale nonché all'articolo 2635 del codice civile;

c) false comunicazioni sociali di cui agli articoli 2621 e 2622 del codice civile;

d) frode ai sensi dell'articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, del 26 luglio 1995;

e) delitti, consumati o tentati, commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine costituzionale reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche;

f) delitti di cui agli articoli 648-bis, 648-ter e 648-ter.1 del codice penale, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'articolo 1 del decreto legislativo 22 giugno 2007, n. 109;

g) sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite con il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24;

h) ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

2. È altresì causa di esclusione la sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di ragioni di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo codice. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del codice di cui al decreto legislativo n. 159 del 2011, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia. La causa di esclusione di cui all'articolo 84, comma 4, del codice di cui al decreto legislativo n. 159 del 2011 non opera se, entro la data dell'aggiudicazione, l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario ai sensi dell'articolo 34-bis del medesimo codice. In nessun caso l'aggiudicazione può subire dilazioni in ragione della pendenza del procedimento suindicato.

3. L'esclusione di cui ai commi 1 e 2 è disposta se la sentenza o il decreto oppure la misura interdittiva ivi indicati sono stati emessi nei confronti:

a) dell'operatore economico ai sensi e nei termini di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231;

b) del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale;

c) di un socio amministratore o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo;

d) dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice;

e) dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi gli institori e i procuratori generali;

f) dei componenti degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo;

g) del direttore tecnico o del socio unico;

h) dell'amministratore di fatto nelle ipotesi di cui alle lettere precedenti.

4. Nel caso in cui il socio sia una persona giuridica l'esclusione va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti degli amministratori di quest'ultima.

5. Sono altresì esclusi:

- a) l'operatore economico destinatario della sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, o di altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81;
- b) l'operatore economico che non abbia presentato la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, ovvero non abbia presentato dichiarazione sostitutiva della sussistenza del medesimo requisito;
- c) in relazione alle procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal regolamento (UE) n. 240/2021 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 febbraio 2021 e dal regolamento (UE) n. 241/2021 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, gli operatori economici tenuti alla redazione del rapporto sulla situazione del personale, ai sensi dell'articolo 46 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, che non abbiano prodotto, al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta, copia dell'ultimo rapporto redatto, con attestazione della sua conformità a quello trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità ai sensi del comma 2 del citato articolo 46, oppure, in caso di inosservanza dei termini previsti dal comma 1 del medesimo articolo 46, con attestazione della sua contestuale trasmissione alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità;
- d) l'operatore economico che sia stato sottoposto a liquidazione giudiziale o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o nei cui confronti sia in corso un procedimento per l'accesso a una di tali procedure, fermo restando quanto previsto dall'articolo 95 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, dall'articolo 186-bis, comma 5, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e dall'articolo 124 del presente codice. L'esclusione non opera se, entro la data dell'aggiudicazione, sono stati adottati i provvedimenti di cui all'articolo 186-bis, comma 4, del regio decreto n. 267 del 1942 e all'articolo 95, commi 3 e 4, del codice di cui al decreto legislativo n. 14 del 2019, a meno che non intervengano ulteriori circostanze escludenti relative alle procedure concorsuali;
- e) l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti; la causa di esclusione perdura fino a quando opera l'iscrizione nel casellario informatico;
- f) l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione, per il periodo durante il quale perdura l'iscrizione.
6. È inoltre escluso l'operatore economico che ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni definitivamente accertate quelle indicate nell'allegato II.10. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o sanzioni, oppure quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta.
7. L'esclusione non è disposta e il divieto di aggiudicare non si applica quando il reato è stato depenalizzato oppure quando è intervenuta la riabilitazione oppure, nei casi di condanna ad una pena accessoria perpetua,

quando questa è stata dichiarata estinta ai sensi dell'articolo 179, settimo comma, del codice penale, oppure quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna oppure in caso di revoca della condanna medesima.

L'art. 94, introduttivo del Capo II del Titolo IV della Parte V del Libro II del codice, rappresenta una delle discipline più incise dal legislatore della riforma.

Rispetto al **D.Lgs. 50/2016**, in luogo di un solo articolo (**art. 80**), che compendia tutte le cause di esclusione, il nuovo codice dedica ai requisiti di ordine generale **ben cinque articoli** (dal 94 al 98).

La *ratio* è quella di ordinare, semplificare e chiarire il testo per consentire un migliore orientamento ad operatori privati e soggetti pubblici.

In particolare:

- l'**art. 94** disciplina le ipotesi di **esclusione automatica**, su cui non vi è alcun margine valutativo da parte del committente;
- l'**art. 95** enumera le cause di **esclusione non automatica**;
- l'**art. 98** contiene la disciplina specifica del **grave illecito professionale**, causa di esclusione non automatica citata dall'**art. 95**;
- l'**art. 97** è una norma di dettaglio dedicata alle cause di **esclusione dei partecipanti a raggruppamenti di imprese**;
- l'**art. 96** attiene alla **disciplina procedimentale** comune agli eventi che conducono all'esclusione dell'operatore economico, costituendo un vero e proprio sub procedimento di esclusione.

L'art. 94, co. 1 è pedissequo al previgente **art. 80, co. 1 D.Lgs. 50/2016**: l'unica differenza è l'espunzione del riferimento alla sentenza di applicazione della pena su richiesta **ex art. 444 c.p.p.** (patteggiamento) dalla enumerazione dei provvedimenti giurisdizionali causa dell'esclusione automatica.

Il **co. 1** deve essere letto **in combinato disposto con il co. 7**, che esclude la rilevanza dei reati depenalizzati o per i quali sia intervenuta la depenalizzazione, la dichiarazione di estinzione della pena *ex art. 179, co. 7 c.p.* o del reato oppure la revoca della condanna.

Il **co. 2** riguarda le cd. "*cause di esclusione antimafia*": a differenza dell'**art. 80, co. 2 D.Lgs. 50/2016** si prevede l'**inoperatività** della causa di esclusione in caso di ammissione al controllo giudiziario *ex art. 34-bis D.Lgs. 159/2011* entro la data di aggiudicazione.

I **co. 3-4** elencano le **figure soggettive** rilevanti per le cause di esclusione di cui ai precedenti co.1-2: a differenza dell'**art. 80, co. 3 D.Lgs. 50/2016** è espunta la figura dei soggetti **cessati** dalla carica nell'anno antecedente alla data di pubblicazione del bando di gara. Parimenti, è espunto il riferimento al socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro.

Il **co. 3** introduce la figura dell'**amministratore di fatto**, in linea con la giurisprudenza amministrativa favorevole ad estendere l'ambito di applicazione delle cause di esclusione al cd. "gestore di fatto" o al "socio sovrano" (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 3 febbraio 2022, n. 768; Cons. Stato, Sez. V, 27 novembre 2020, 7471).

Il **co. 4** ha chiarito l'ipotesi del **socio unico persona giuridica**, prevedendo che l'esclusione va disposta se la sentenza o il decreto o la misura interdittiva siano stati emessi nei confronti degli amministratori di quest'ultima: la causa di esclusione si dovrebbe applicare a tutti gli amministratori, a prescindere che agli stessi sia riconosciuta o meno la legale rappresentanza.

Il **co. 5** riordina una serie di cause di esclusione automatiche in origine **sparse** nell'art. 80 D.Lgs. 50/2016 ed in altre disposizioni di legge.

Alla **lett. c)** si introduce una specifica causa di esclusione automatica relativa alla categoria di **appalti PNRR (art. 47, co. 2 D.L. 77/2021)**.

Il **co. 6**, in materia di **violazioni tributarie e contributive**, corrisponde all'**art. 80, co. 4 D.Lgs. 50/2016**: quest'ultimo riuniva in una sola causa di esclusione, un'ipotesi obbligatoria ed una facoltativa, aventi la medesima "causale", ovvero l'omesso pagamento di imposte, tasse e contributi previdenziali.

Per quanto riguarda la definizione di gravità e di definitivo accertamento, si rinvia all'**Allegato II.10**, che recupera i medesimi parametri di valore già utilizzati nella previgente disciplina e recepiti dal d.m. 28 settembre 2022.

Art. 95 – Cause di esclusione non automatica

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

- a) sussistere gravi infrazioni, debitamente accertate con qualunque mezzo adeguato, alle norme in materia di salute e di sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014;*
- b) che la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse di cui all'articolo 16 non diversamente risolvibile;*
- c) sussistere una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto che non possa essere risolta con misure meno intrusive;*
- d) sussistere rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte degli operatori economici siano imputabili ad un unico centro decisionale a cagione di accordi intercorsi con altri operatori economici partecipanti alla stessa gara;*
- e) che l'offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. All'articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi.*

2. La stazione appaltante esclude altresì un operatore economico qualora ritenga che lo stesso ha commesso gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali. Costituiscono gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale quelle indicate nell'allegato II.10. La gravità va in ogni caso valutata anche tenendo conto del valore dell'appalto. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o sanzioni, oppure quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta, oppure nel caso in cui l'operatore economico abbia compensato il debito tributario con crediti certificati vantati nei confronti della pubblica amministrazione.

3. Con riferimento alle fattispecie di cui al comma 3, lettera h), dell'articolo 98, l'esclusione non è disposta e il divieto di aggiudicare non si applica quando:

a) il reato è stato depenalizzato;

b) è intervenuta la riabilitazione;

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

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

e) la condanna è stata revocata.

Per le cause di esclusione non automatica residua una discrezionalità applicativa per le stazioni appaltanti, riconducibile alla **discrezionalità tecnica**.

Il **co. 1** si suddivide in **cinque lettere**: le prime quattro riguardano tutti i casi di esclusione diversi dall'aver commesso gravi illeciti professionali, individuato, invece, alla **lett. e)**, replicando nel nuovo codice le cause di esclusione **ex art. 80, co. 5, lett. a), b), c) e m) D.Lgs. 50/2016**.

Con riferimento alla causa di cui alla **lett. d)**, essa si rifà all'**art. 57, par. 4, lett. d) della direttiva 2014/24/UE**: la Corte di giustizia dell'Unione europea ha sottolineato che l'amministrazione deve valutare il **concreto impatto**, in termini di influenza, del comportamento dei soggetti che hanno presentato le offerte sulla procedura di gara (CGUE, 19 maggio 2009, causa C-538/07).

La **lett. e)** è dedicata alla categoria dell'**illecito professionale grave**: la disposizione non è a sé stante, rinviando per la compiuta disciplina della causa di esclusione in parola al successivo **art. 98**, con ciò aderendo al criterio direttivo **ex art. 1, co. 2, lett. n) della legge delega 78/2022**.

Il **co. 2** ha ad oggetto la causa non automatica di esclusione discendente dall'**omesso pagamento di imposte, tasse e contributi previdenziali**, ancorché si tratti di violazioni non definitivamente accertate: la disposizione in esame completa quella prevista dall'**art. 94, co. 6 del codice** e replica, nella sostanza, quella inserita nell'ultima parte dell'**art. 80, co. 4 D.Lgs. 50/2016**, come da ultimo modificato dalla L. 238/2021.

La **differenza** tra le due cause di esclusione risiede nella **definitività (art. 94, co. 6) o meno (art. 95, co. 2) dell'accertamento della violazione fiscale o contributiva** al momento della presentazione delle offerte.

All'**Allegato II.10** sono fissate le **soglie di rilevanza** delle violazioni (gravi e non) ed i parametri per considerare definitivamente accertate le violazioni medesime.

Al **co. 3** il legislatore ha replicato la previsione ex **art. 94, co. 7 del codice** (casi di non rilevanza di condanne penali), con particolare riferimento alle condanne per reati diversi e di minore gravità, in applicazione del combinato disposto degli **artt. 95, co. 1, lett. h) – 98, co. 3, lett. h) del codice**, che tipizza le fattispecie di illecito professionale grave connesso a talune fattispecie di reato.

Art. 96 – Disciplina dell'esclusione

- 1. Salvo quanto previsto dai commi 2, 3, 4, 5 e 6, le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura d'appalto, qualora risulti che questi si trovi, a causa di atti compiuti od omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95.*
- 2. L'operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all'articolo 94, a eccezione del comma 6, e all'articolo 95, a eccezione del comma 2, non è escluso se si sono verificate le condizioni di cui al comma 6 del presente articolo e ha adempiuto agli oneri di cui ai commi 3 o 4 del presente articolo.*
- 3. Se la causa di esclusione si è verificata prima della presentazione dell'offerta, l'operatore economico, contestualmente all'offerta, la comunica alla stazione appaltante e, alternativamente: a) comprova di avere adottato le misure di cui al comma 6; b) comprova l'impossibilità di adottare tali misure prima della presentazione dell'offerta e successivamente ottempera ai sensi del comma 4.*
- 4. Se la causa di esclusione si è verificata successivamente alla presentazione dell'offerta, l'operatore economico adotta e comunica le misure di cui al comma 6.*
- 5. In nessun caso l'aggiudicazione può subire dilazioni in ragione dell'adozione delle misure di cui al comma 6.*
- 6. Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all'articolo 94, a eccezione del comma 6, e all'articolo 95, a eccezione del comma 2, può fornire prova del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, esso non è escluso dalla procedura d'appalto. A tal fine, l'operatore economico dimostra di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. Le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito, nonché la tempestività della loro assunzione. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, ne comunica le ragioni all'operatore economico.*
- 7. Un operatore economico escluso con sentenza definitiva dalla partecipazione alle procedure di appalto o di concessione non può avvalersi della possibilità prevista dai commi 2, 3, 4, 5 e 6 nel corso del periodo di esclusione derivante da tale sentenza.*

8. Se la sentenza penale di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, la condanna produce effetto escludente dalle procedure d'appalto:
- a) in perpetuo, nei casi in cui alla condanna consegue di diritto la pena accessoria perpetua, ai sensi dell'articolo 317-bis, primo comma, primo periodo, del codice penale, salvo che la pena sia dichiarata estinta ai sensi dell'articolo 179, settimo comma, del codice penale;
 - b) per un periodo pari a sette anni nei casi previsti dall'articolo 317-bis, primo comma, secondo periodo, del codice penale, salvo che sia intervenuta riabilitazione;
 - c) per un periodo pari a cinque anni nei casi diversi da quelli di cui alle lettere a) e b), salvo che sia intervenuta riabilitazione.
9. Nei casi di cui alle lettere b) e c) del comma 8, se la pena principale ha una durata inferiore, rispettivamente, a sette e cinque anni di reclusione, l'effetto escludente che ne deriva si produce per un periodo avente durata pari alla durata della pena principale.
10. Le cause di esclusione di cui all'articolo 95 rilevano:
- a) per tre anni decorrenti dalla commissione del fatto, nel caso di cui all'articolo 95, comma 1, lettera a);
 - b) per la sola gara cui la condotta si riferisce, nei casi di cui all'articolo 95, comma 1, lettere b), c) e d);
 - c) nel caso di cui all'articolo 95, comma 1, lettera e), salvo che ricorra la condotta di cui al comma 3, lettera b), dell'articolo 98, per tre anni decorrenti rispettivamente:
 - 1) dalla data di emissione di uno degli atti di cui all'articolo 407-bis, comma 1, del codice di procedura penale oppure di eventuali provvedimenti cautelari personali o reali del giudice penale, se antecedenti all'esercizio dell'azione penale ove la situazione escludente consista in un illecito penale rientrante tra quelli valutabili ai sensi del comma 1 dell'articolo 94 oppure ai sensi del comma 3, lettera h), dell'articolo 98;
 - 2) dalla data del provvedimento sanzionatorio irrogato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore nel caso in cui la situazione escludente discenda da tale atto;
 - 3) dalla commissione del fatto in tutti gli altri casi.
11. L'eventuale impugnazione di taluno dei provvedimenti suindicati non rileva ai fini della decorrenza del triennio.
12. L'operatore economico ha l'onere di comunicare immediatamente alla stazione appaltante la sussistenza di taluno dei provvedimenti menzionati ai numeri 1) e 2) della lettera c) del comma 10, ove non menzionati nel proprio fascicolo virtuale. Se contravviene all'onere di comunicazione il triennio inizia a decorrere dalla data in cui la stazione appaltante ha acquisito taluno di detti provvedimenti.
13. Le cause di esclusione previste dagli articoli 94 e 95 non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'articolo 240-bis del codice penale o degli articoli 20 e 24 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario, limitatamente a quelle riferite al periodo precedente al predetto affidamento.
14. L'operatore economico ha l'obbligo di comunicare alla stazione appaltante la sussistenza dei fatti e dei provvedimenti che possono costituire causa di esclusione ai sensi degli articoli 94 e 95, ove non menzionati nel proprio fascicolo virtuale. L'omissione di tale comunicazione o la non veridicità della medesima, pur non costituendo di per sé causa di esclusione, può rilevare ai sensi del comma 4 dell'articolo 98.
15. In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'ANAC che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave tenuto conto della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione

o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi dell'articolo 94, comma 5, lettera e), per un periodo fino a due anni, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.

Il legislatore ha di fatto introdotto un **sub-procedimento** dell'esclusione all'interno del più ampio procedimento di aggiudicazione, con l'indicazione, a titolo esemplificativo, degli oneri comunicazionali in capo agli operatori economici ed una più pregnante disciplina dell'istituto del *self-cleaning* (la cui applicazione, nel rispetto della normativa eurounitaria, è stata dilatata rispetto alla disciplina previgente).

Il **co. 1** fissa il **principio generale** comune a tutte le cause di esclusione: **salvo l'efficace esercizio del self-cleaning** ex art. 96, co. 2-6, le stazioni appaltanti devono escludere un operatore economico in qualunque momento della procedura d'appalto, qualora risulti che questi si trovi, a causa di atti compiuti od omessi prima o nel corso della procedura, in una delle **fattispecie tassative** (art. 10) cui il Codice ricollega l'esclusione prevista dagli artt. 94-95.

L'unica soluzione favorevole per il concorrente che voglia evitare l'esclusione è l'esercizio del cd. *self-cleaning* (**co. 2**).

Per *self-cleaning* si intendono così quelle azioni poste in essere **tempestivamente e spontaneamente** dall'operatore economico e finalizzate all'adozione di **misure idonee** a dimostrare la propria affidabilità, nonostante egli verta o sia incorso in una delle situazioni che dovrebbero condurre all'esclusione da una gara pubblica.

A tal fine, è **l'operatore economico a dover dimostrare alla stazione appaltante** di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti (**co.6**).

Il *self-cleaning* è previsto anche per eventi verificatisi **nel corso della procedura e dopo la presentazione dell'offerta** (**co. 4**).

Sono **escluse**, invece, le sole cause di esclusione per violazioni fiscali e previdenziali ex artt. 94, co. 6 - 95, co. 2 del codice, oltre alle ipotesi di operatore economico escluso con sentenza definitiva dalle procedure ad evidenza pubblica nel periodo di esclusione discendente dalla sentenza medesima (**co. 7**).

Per quanto attiene al meccanismo di funzionamento dell'istituto del *self-cleaning*, il codice distingue tra *self-cleaning* su cause di esclusione verificatisi **prima della presentazione dell'offerta** (**co. 3-6**) e *self-cleaning* su cause di esclusione verificatesi **successivamente alla presentazione dell'offerta** (**co-4-6**).

Nella **prima ipotesi**, l'operatore economico dovrà:

- in sede di presentazione dell'offerta, **comunicare** alla stazione appaltante la sussistenza di una causa di esclusione;
- **comprovare di aver adottato le misure di self-cleaning** ex art. 96, co. 6 o, **in alternativa**, comprovare l'**impossibilità di adottare tali misure** prima della presentazione dell'offerta, adottando in un tempo successivo le suddette misure in corso di procedura.

Nella **seconda ipotesi**, invece, l'operatore economico dovrà **adottare tempestivamente** le misure di *self-cleaning* ex art. 96, co. 6 e darne **immediata comunicazione** alla stazione appaltante.

Per quanto concerne, invece, la valutazione che dovrà operare la stazione appaltante, il **co. 6** dispone che l'adozione delle misure in oggetto sia **vagliata in considerazione della gravità e delle particolari circostanze del reato e dell'illecito**, oltre alla **tempestività** della loro assunzione.

La valutazione deve essere compiuta **nel contraddittorio** con l'operatore economico.

I **co. 8-9** disciplinano i casi di incontrattabilità con la P.A., discendente da **sentenze penali** di condanna che non abbiano fissato la durata della pena accessoria dell'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione.

Il **co. 10** individua la **durata ed i termini di decorrenza** delle cause di esclusione ex art. 95.

Il **co. 11** fissa la regola secondo cui l'eventuale **pendenza di impugnazioni** dei provvedimenti indicati non incide sul *dies a quo* di decorrenza del termine triennale.

I **co. 12-14** si occupano degli **oneri comunicativi** a carico del concorrente in favore della stazione appaltante o dell'ente concedente: con riguardo all'omessa o non veritiera dichiarazione (**co. 14**), essa non costituisce una causa di esclusione automatica, ma può essere valutata ex art. 98, co. 5 del codice in merito all'analisi della gravità della condotta di un eventuale illecito professionale.

Ne deriva il **superamento** dei dubbi interpretativi sul previgente **art. 80, co. lett. f-bis D.Lgs. 50/2016** e sui rapporti tra le diverse fattispecie escludenti, considerato che le ipotesi di falsa dichiarazione da causa di esclusione sono state derubricate ad elemento di valutazione della gravità dell'illecito in cui incorre l'operatore economico.

Il **co. 15** ripropone il contenuto dell'**art. 80, co. 12 D.Lgs. 50/2016**: si prevede **un autonomo procedimento dinanzi all'ANAC**, vertente non tanto sul fatto concernente la presentazione di una falsa dichiarazione, quanto sull'elemento soggettivo con cui il concorrente abbia commesso tale falso. Nel caso in cui l'ANAC concluda per il dolo o la colpa grave, disporrà l'iscrizione nel casellario informatico per una **durata massima di due anni**, con applicazione dell'**art. 94, co. 5, lett. e) D.Lgs. 36/2023**.

Il **co. 13** prevede un'**esimente** alle cause di esclusione ex artt. 94-95 del codice, inapplicabili alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ex **art. 12-sexies d.l. n. 306/1992** o **artt. 20-24 D.Lgs. 159/2011**, affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario, limitatamente al tempo precedente il predetto affidamento.

Art. 97 – Cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti

1. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 96, commi 2, 3, 4, 5 e 6, il raggruppamento non è escluso qualora un suo partecipante sia interessato da una causa automatica o non automatica di esclusione o dal venir meno di un requisito di qualificazione, se si sono verificate le condizioni di cui al comma 2 e ha adempiuto ai seguenti oneri:

a) in sede di presentazione dell'offerta:

1) ha comunicato alla stazione appaltante la causa escludente verificatasi prima della presentazione dell'offerta e il venir meno, prima della presentazione dell'offerta, del requisito di qualificazione, nonché il soggetto che ne è interessato;

2) ha comprovato le misure adottate ai sensi del comma 2 o l'impossibilità di adottarle prima di quella data;

b) ha adottato e comunicato le misure di cui al comma 2 prima dell'aggiudicazione, se la causa escludente si è verificata successivamente alla presentazione dell'offerta o il requisito di qualificazione è venuto meno successivamente alla presentazione dell'offerta.

2. Fermo restando l'articolo 96, se un partecipante al raggruppamento si trova in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95 o non è in possesso di uno dei requisiti di cui all'articolo 100, il raggruppamento può provare di averlo estromesso o sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, il raggruppamento non è escluso dalla procedura d'appalto. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, l'operatore economico è escluso con decisione motivata.

3. I commi 1 e 2 si applicano anche ai consorzi ordinari. Si applicano altresì ai consorzi fra imprese artigiane, nonché ai consorzi stabili limitatamente alle consorziate esecutrici e alle consorziate aventi i requisiti di cui i consorzi si avvalgono.

L'articolo si occupa dei casi in cui è possibile **la sostituzione o l'estromissione di un membro di un RTI o di un consorzio** che sia incluso in una causa di esclusione, al fine di evitare il "contagio" e, dunque, l'esclusione del raggruppamento/consorzio medesimo.

La disposizione chiarisce e supera quanto previsto dall'art. 48, co.17-18 D.Lgs. 50/2016.

Il legislatore ha così attuato l'**art. 3, par. 1 della direttiva n. 2014/14/UE**, tenendo conto dell'interpretazione resa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea con la sentenza 3 giugno 2021, causa C-210/20.

Il ricorso all'RTI rappresenta così una modalità alternativa all'avvalimento per consentire la partecipazione a gare d'appalto a soggettività non munite dei necessari requisiti di qualificazione.

L'ambito di applicazione dell'art. 97 è **più ampio** di quello previsto per il *self-cleaning* ex art. 96, co. 6, non consentito per le cause di esclusione relative a violazioni contributive o tributarie a prescindere dalla circostanza che siano o meno definitivamente accertate.

Si è così riconosciuta la facoltà di sostituire o estromettere l'operatore per le cause escludenti che si verificano **in corso di gara** e per quelle verificatesi **in una fase antecedente** alla stessa, per le quali l'offerente abbia comprovato l'impossibilità di farvi fronte prima della presentazione dell'offerta.

Il **co. 2** dispone che il **meccanismo sostitutivo** possa trovare applicazione sia in caso di sostituzione di un membro del RTI con un altro operatore esterno, cooptato nel raggruppamento, sia nell'ipotesi estromissiva, ossia anche alla **modifica per riduzione** dell'operatore economico con identità plurisoggettiva, in virtù del minor impatto di tale ultimo intervento modificativo sull'identità dell'operatore economico offerente (Ad. Plen. 5/2021; 9/2021; 2/2022).

Il **co. 3** perimetra l'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 97 estendendolo, oltre che ai raggruppamenti, anche ai **consorzi ordinari**, a **quelli tra imprese ed artigiani** ed ai **consorzi stabili** limitatamente alle consorziate esecutrici ed alle consorziate aventi i requisiti di cui i consorzi si avvalgono.

L'istituto è così applicabile ai **consorzi ordinari** viste le motivazioni che hanno giustificato il riferimento del co. 1 ai raggruppamenti d'impresa, in quanto entrambi rappresentati dalle imprese della compagine: il rapporto che si instaura con le consorziate che prestano i requisiti è **molto simile all'avvalimento** (Ad. Plen. 5/2021) e soggiace al regime di quest'ultimo, per il quale è la stessa Corte di Giustizia UE ad avere applicato l'istituto della sostituzione (sentenza 3 giugno 2021, causa C-210/20).

Circa l'applicabilità al **consorzio stabile**, invece, si precisa quanto segue: il consorzio stabile, da un lato, costituisce una stabile struttura d'impresa collettiva, che presenta una propria soggettività giuridica con autonomia anche patrimoniale, distinta ed autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori; dall'altro lato, non è assimilabile ad una società *tout court*, specie in ragione della possibilità di designare nell'offerta una consorziata esecutrice, che si affranca quindi dalla posizione di mero partecipante al consorzio per acquisire rilevanza in quanto soggetto interessato all'esecuzione.

Pertanto se la non assimilabilità del consorzio stabile ad una società non consente di ritenere estensibile ad esso la possibilità di modificare la compagine sociale senza interazioni con la stazione appaltante (stante la permanenza della società come persona giuridica autonoma dalle persone dei soci), è altrettanto vero che la stessa presenza del consorzio stabile offerente impedisce di ritenere che l'offerta sia presentata dalla stessa consorziata esecutrice, così potendo usufruire dell'istituto della sostituzione.

Si ha quindi una **soluzione di equilibrio**, ossia consentire la sostituzione della consorziata esecutrice escludendola con un altro soggetto in possesso dei necessari requisiti, in modo da assicurare la permanenza in gara di detti tipi di consorzi superando la regola dell'immodificabilità soggettiva dell'offerta.

Da ultimo, si sottolinea come ai consorzi stabili siano stati equiparati i consorzi fra imprese artigiane, essendo invece **esclusi** dall'art. 97 del codice i **consorzi di cooperative**: il consorzio di cooperative, infatti, costituisce una persona giuridica a sé stante (art. 4 L. 422/1909); è l'unica controparte del

rapporto contrattuale, sia nella fase di gara sia in quella di esecuzione del contratto, e, in relazione alle singole consorziate, opera sulla base di un rapporto di tipo organico (Ad. Plen. 14/2013).

Ne consegue che l'attività compiuta dalle consorziate è imputata organicamente al consorzio, come unico ed autonomo centro di imputazione e di riferimento di interessi e che, pertanto, proprio tale autonoma soggettività giustificerebbe la libera possibilità di designare una nuova cooperativa come esecutrice, ove per motivi sopravvenuti la prima designata non fosse in condizione di svolgere la prestazione.

Art. 98 – Illecito professionale grave

1. *L'illecito professionale grave rileva solo se compiuto dall'operatore economico offerente, salvo quanto previsto dal comma 3, lettere g) ed h).*

2. *L'esclusione di un operatore economico ai sensi dell'articolo 95, comma 1, lettera e) è disposta e comunicata dalla stazione appaltante quando ricorrono tutte le seguenti condizioni:*

a) elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale;

b) idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore;

c) adeguati mezzi di prova di cui al comma 6.

3. *L'illecito professionale si può desumere al verificarsi di almeno uno dei seguenti elementi:*

a) sanzione esecutiva irrogata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore, rilevante in relazione all'oggetto specifico dell'appalto;

b) condotta dell'operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio oppure che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione;

c) condotta dell'operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, derivanti da inadempimenti particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale;

d) condotta dell'operatore economico che abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori;

e) condotta dell'operatore economico che abbia violato il divieto di intestazione fiduciaria di cui all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55, laddove la violazione non sia stata rimossa;

f) omessa denuncia all'autorità giudiziaria da parte dell'operatore economico persona offesa dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 416-bis.1 del medesimo codice salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. Tale circostanza deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato per i reati di cui al primo periodo nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'ANAC, la quale ne cura la pubblicazione;

g) *contestata commissione da parte dell'operatore economico, ovvero dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94 di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo articolo 94;*

h) *contestata o accertata commissione, da parte dell'operatore economico oppure dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94, di taluno dei seguenti reati consumati:*

1) *abusivo esercizio di una professione, ai sensi dell'articolo 348 del codice penale;*
2) *bancarotta semplice, bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare o ricorso abusivo al credito, di cui agli articoli 216, 217, 218 e 220 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;*

3) *i reati tributari ai sensi del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, i delitti societari di cui agli articoli 2621 e seguenti del codice civile o i delitti contro l'industria e il commercio di cui agli articoli da 513 a 517 del codice penale;*

4) *i reati urbanistici di cui all'articolo 44, comma 1, lettere b) e c), del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria;*

5) *i reati previsti dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.*

4. *La valutazione di gravità tiene conto del bene giuridico e dell'entità della lesione inferta dalla condotta integrante uno degli elementi di cui al comma 3 e del tempo trascorso dalla violazione, anche in relazione a modifiche intervenute nel frattempo nell'organizzazione dell'impresa.*

5. *Le dichiarazioni omesse o non veritiere rese nella stessa gara e diverse da quelle di cui alla lettera b) del comma 3 possono essere utilizzate a supporto della valutazione di gravità riferita agli elementi di cui al comma 3.*

6. *Costituiscono mezzi di prova adeguati, in relazione al comma 3:*

a) *quanto alla lettera a), i provvedimenti sanzionatori esecutivi resi dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore;*

b) *quanto alla lettera b), la presenza di indizi gravi, precisi e concordanti che rendano evidente il ricorrere della situazione escludente;*

c) *quanto alla lettera c), l'intervenuta risoluzione per inadempimento o la condanna al risarcimento del danno o ad altre conseguenze comparabili;*

d) *quanto alla lettera d), la emissione di provvedimenti giurisdizionali anche non definitivi;*

e) *quanto alla lettera e), l'accertamento definitivo della violazione;*

f) *quanto alla lettera f), gli elementi ivi indicati;*

g) *quanto alla lettera g), gli atti di cui all'articolo 407-bis, comma 1, del codice di procedura penale, il decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'articolo 429 del codice di procedura penale, o eventuali provvedimenti cautelari reali o personali emessi dal giudice penale, la sentenza di condanna non definitiva, il decreto penale di condanna non irrevocabile, la sentenza non irrevocabile di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale;*

h) *quanto alla lettera h), la sentenza di condanna definitiva, il decreto penale di condanna irrevocabile, la condanna non definitiva, i provvedimenti cautelari reali o personali, ove emessi dal giudice penale.*

7. *La stazione appaltante valuta i provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali di cui al comma 6 motivando sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente; l'eventuale impugnazione dei medesimi è considerata nell'ambito della valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente.*

8. Il provvedimento di esclusione deve essere motivato in relazione a tutte e tre le condizioni di cui al comma 2.

L'articolo **completa** la disciplina delle cause di esclusione non automatica di cui al precedente art. 95, co. 1, lett. e) D.Lgs. 36/2023.

La disposizione deve essere letta in combinato disposto anche con l'art. 96, co. 10-11-12.

L'opzione legislativa è stata quella di **enumerare** le singole fattispecie al concorrere delle quali una stazione appaltante o un ente concedente può adottare una deliberazione motivata di esclusione (non automatica).

L'art. 98 persegue il compito di:

- **individuare l'autorità competente** a disporre l'esclusione non automatica *ex art. 95, co. 1, lett. e)*;
- **enumerare e descrivere** le fattispecie rilevanti;
- individuare i **mezzi di prova** delle stesse;
- chiarire la portata dell'**obbligo motivazionale** ove si voglia disporre l'esclusione del concorrente.

Il **co. 1** sottolinea la rilevanza dell'illecito solo se commesso dall'operatore economico offerente, salva la commissione di reati, per i quali vale il riferimento alle persone fisiche *ex art. 94, co. 3*.

A differenza dell'**art. 80, co. 3 D.Lgs. 50/2016** e delle **Linee Guida ANAC n. 6**, il nuovo codice fissa quale regola generale la non estensione dell'illecito professionale alle ipotesi di cd. "**contagio**" dell'operatore economico da parte della persona fisica: **unica eccezione** è rappresentata dalla riferibilità dei reati alle figure soggettive *ex art. 94, co. 3 del codice*.

La *ratio* si fonda nella volontà di evitare l'aporia di impedire la valutazione di una possibile causa di esclusione non automatica unicamente a cagione della non definitività della condanna, sia pur con riferimento a figure professionali per le quali, la stessa fattispecie, ove sfociata in una sentenza definitiva di condanna, avrebbe comportato l'immediata quanto obbligatoria esclusione dell'operatore economico.

Il **co. 2** chiarisce le **condizioni per disporre l'esclusione non automatica** di un operatore al verificarsi degli eventi descritti nei commi successivi, chiarendo la necessità della loro compresenza.

In particolare, si tratta di un grave illecito professionale **idoneo ad incidere sull'affidabilità e sull'integrità del concorrente**, sussistendo gli adeguati mezzi di prova secondo quanto stabilito dal co. 6.

Il **co. 3** enumera le **fattispecie rilevanti** (sanzioni autorità di settore, indebita influenza sul processo decisionale della stazione appaltante, inadempimenti di precedenti contratti, gravi inadempimenti

nei confronti dei subappaltatori, divieto di intestazione fiduciaria, omessa denuncia all'autorità giudiziaria, commissione dei reati *ex art. 94* non ancora accertati con sentenza passata in giudicato). Il **co. 4** prevede i **criteri sottesi alla valutazione di gravità**, tra cui rileva quello relativo al “*tempo trascorso dalla violazione*”.

Il **co. 5** precisa che l'omissione e la non veridicità non assistite dal **dolo specifico** (come tali rientranti nell'art. 98, co. 3, lett. b) non integrano causa di esclusione nella gara specifica.

Il **co. 6** indica i **possibili mezzi di prova** rilevanti ed adeguati da cui la stazione appaltante può far discendere l'accertamento dell'illecito ed il correlato giudizio di gravità che può condurre all'esclusione.

Il **co. 7** precisa l'**onere motivazionale** incombente sulla stazione appaltante allorché desuma la sussistenza di una causa di esclusione da una sentenza di condanna non definitiva o da provvedimenti emessi nel procedimento penale a questa prodromici ovvero di natura cautelare, personale o reale: la stazione appaltante non può limitarsi a dare conto dell'esistenza dei fatti storici, ma deve motivare la loro rilevanza ai fini escludenti.

Il **co. 8** chiarisce che la motivazione di cui sopra deve prendere in esame tutte le condizioni indicate al precedente **co. 2**.

CAPO III

GLI ALTRI REQUISITI DI PARTECIPAZIONE ALLA GARA

Art. 99 – Verifica del possesso dei requisiti

1. La stazione appaltante verifica l'assenza di cause di esclusione automatiche di cui all'articolo 94 attraverso la consultazione del fascicolo virtuale dell'operatore economico di cui all'articolo 24, la consultazione degli altri documenti allegati dall'operatore economico, nonché tramite l'interoperabilità con la piattaforma digitale nazionale di cui all'articolo 50-ter del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 e con le banche dati delle pubbliche amministrazioni.

2. La stazione appaltante, con le medesime modalità di cui al comma 1, verifica l'assenza delle cause di esclusione non automatica di cui all'articolo 95 e il possesso dei requisiti di partecipazione di cui agli articoli 100 e 103.

3. Agli operatori economici non possono essere richiesti documenti che comprovano il possesso dei requisiti di partecipazione o altra documentazione utile ai fini dell'aggiudicazione, se questi sono presenti nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, sono già in possesso della stazione appaltante, per effetto di una precedente aggiudicazione o conclusione di un accordo quadro, ovvero possono essere acquisiti tramite interoperabilità

con la piattaforma digitale nazionale dati di cui all'articolo 50-ter del codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005 e con le banche dati delle pubbliche amministrazioni.

Il **co. 1** chiarisce che la sussistenza delle cause di esclusione automatiche di cui all'**art. 94** dovrà essere accertata automaticamente **attraverso il fascicolo virtuale dell'operatore economico** di cui all'**art. 24 del codice**.

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

Il **co. 3** conclude l'articolo soffermandosi sulle **novità procedurali** introdotte dal codice, chiarendo che operare in chiave digitale avrà il vantaggio di una piena applicazione del **principio "once only"** nei rapporti tra stazioni appaltanti e operatori economici: si dispone così che i dati e le informazioni che siano già nella disponibilità delle amministrazioni, in ragione di una precedente procedura di gara ovvero che siano già presenti nel fascicolo virtuale, non dovranno essere nuovamente richiesti.

Art. 100 – Requisiti di ordine speciale

1. Sono requisiti di ordine speciale:

- a) l'idoneità professionale;
- b) la capacità economica e finanziaria;
- c) le capacità tecniche e professionali.

2. Le stazioni appaltanti richiedono requisiti di partecipazione proporzionati e attinenti all'oggetto dell'appalto.

3. Per le procedure di aggiudicazione di appalti di servizi e forniture le stazioni appaltanti richiedono l'iscrizione nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato o presso i competenti ordini professionali per un'attività pertinente anche se non coincidente con l'oggetto dell'appalto. All'operatore economico di altro Stato membro non residente in Italia è richiesto di dichiarare ai sensi del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica del 28 dicembre 2000, n. 445, di essere iscritto in uno dei registri professionali o commerciali di cui all'allegato II.11. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato II.11 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri su proposta del Ministro per gli affari europei, ove nominato, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

4. Per le procedure di aggiudicazione di appalti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro le stazioni appaltanti richiedono che gli operatori economici siano qualificati. L'attestazione di qualificazione è rilasciata da organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC. Il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, articolato in rapporto alle categorie di opere ed all'importo delle stesse è disciplinato dall'allegato II.12. Le categorie di opere si distinguono in categorie di opere generali e categorie di opere specializzate. Il possesso di attestazione di qualificazione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da appaltare rappresenta condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dei requisiti di partecipazione di cui al presente articolo nonché per l'esecuzione, a qualsiasi titolo, dell'appalto. In sede di prima applicazione del codice l'allegato II.12 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita l'ANAC, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

5. Per ottenere o rinnovare l'attestazione di qualificazione gli operatori economici devono:

- a) essere iscritti nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato o presso i competenti ordini professionali per un'attività, prevista dall'oggetto sociale e compresa nella categoria per la quale è richiesta l'attestazione;
- b) non essere incorsi nelle cause di esclusione di cui al Capo II del presente Titolo nel triennio precedente alla data della domanda di rilascio o di rinnovo dell'attestazione di qualificazione;
- c) essere in possesso di certificazioni di sistemi di qualità conformi alle norme europee e alla vigente normativa nazionale, rilasciate da soggetti accreditati.

6. L'organismo di attestazione rilascia l'attestazione di qualificazione per la categoria di opere generali o specializzate per l'esecuzione delle quali l'operatore economico risulti essere in possesso di adeguata capacità economica e finanziaria, di adeguata dotazione di attrezzature tecniche e risorse umane, e dispone la classificazione per importi in ragione della documentata pregressa esperienza professionale.

7. Fino alla emanazione del regolamento di cui al sesto periodo del comma 4, il periodo di attività documentabile è quello relativo ai quindici anni antecedenti la data di sottoscrizione del contratto con la società organismo di attestazione (SOA) e la qualificazione ha durata di cinque anni, con verifica entro il terzo anno del mantenimento dei requisiti.

8. Con il regolamento di cui al sesto periodo del comma 4 sono in ogni caso disciplinati:

- a) la procedura per ottenere l'attestazione di qualificazione e per il suo rinnovo, prevedendo che l'operatore economico richieda la conferma dell'attestazione nel caso in cui, nel periodo di validità dell'attestazione, intervenga una modifica soggettiva;
- b) i requisiti per la dimostrazione dell'adeguata capacità economica e finanziaria e per la dimostrazione del possesso di adeguate attrezzature tecniche e di adeguato organico;
- c) le modalità di qualificazione degli operatori economici di cui all'articolo 67, comma 1, sulla base del criterio del cumulo nonché i criteri di imputazione di cui all'articolo 67, comma 6;
- d) le modalità di documentazione delle pregresse esperienze professionali, considerando anche i lavori eseguiti a favore di soggetti privati che siano comprovati da idonea documentazione;
- e) le modalità di verifica a campione compiute dagli organismi di attestazione;
- f) il periodo di durata dell'attestazione di qualificazione e i periodi intermedi di verifica del mantenimento dei requisiti;
- g) i casi di sospensione e di decadenza dall'attestazione di qualificazione già rilasciata, prevedendo sanzioni interdittive nel caso di presentazione di falsa documentazione agli organismi di attestazione.

9. *Relativamente agli organismi di attestazione, con il regolamento di cui al sesto periodo del comma 4 sono in ogni caso disciplinati:*

- a) i requisiti soggettivi, organizzativi, finanziari e tecnici per il conseguimento dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di qualificazione degli operatori economici nonché la procedura per ottenere l'autorizzazione;*
- b) le sanzioni pecuniarie e interdittive, fino alla decadenza dell'autorizzazione, per le violazioni commesse dagli organismi di attestazione, anche alle richieste di informazioni e di atti loro rivolte dall'ANAC nell'esercizio dell'attività di vigilanza, secondo un criterio di proporzionalità e nel rispetto del contraddittorio;*
- c) le modalità dell'esercizio dell'attività di vigilanza da parte dell'ANAC;*
- d) gli obblighi di conservazione e di pubblicazione della documentazione in capo agli organismi di attestazione;*
- e) gli obblighi di comunicazione all'ANAC in capo agli organismi di attestazione.*

10. *Con il regolamento di cui al sesto periodo del comma 4 è altresì definita la disciplina della qualificazione degli operatori economici per gli appalti di servizi e forniture. Il regolamento contiene, tra l'altro: la definizione delle tipologie per le quali è possibile una classificazione per valore, la competenza a rilasciare la relativa attestazione, la procedura e le condizioni per la relativa richiesta, il regime sanzionatorio.*

11. *Fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al sesto periodo del comma 4, per le procedure di aggiudicazione di appalti di servizi e forniture, le stazioni appaltanti possono richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità economica e finanziaria un fatturato globale non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto, maturato nel triennio precedente a quello di indizione della procedura. In caso di procedure di aggiudicazione suddivise in pluralità di lotti, salvo diversa motivata scelta della stazione appaltante, il fatturato è richiesto per ciascun lotto. Le stazioni appaltanti possono, altresì, richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità tecnica e professionale di aver eseguito nel precedente triennio dalla data di indizione della procedura di gara contratti analoghi a quello in affidamento anche a favore di soggetti privati.*

12. *Salvo quanto previsto dall'articolo 102 o da leggi speciali, le stazioni appaltanti richiedono esclusivamente i requisiti di partecipazione previsti dal presente articolo.*

13. *Gli organismi di cui al comma 4 segnalano immediatamente all'ANAC i casi in cui gli operatori economici, ai fini della qualificazione, rendono dichiarazioni false o producono documenti non veritieri.*

L'art. 100 presenta forti profili di discontinuità rispetto alla normativa previgente.

Il **co. 1** mantiene la **distinzione tra requisiti di idoneità professionale, requisiti di capacità economico-finanziaria e requisiti di capacità tecniche professionali**, precisando il **co. 2** che i requisiti di partecipazione richiesti dalla stazione appaltante devono essere **proporzionati e attinenti** all'oggetto dell'appalto.

Il **co. 3** prevede, quale requisito di idoneità tecnica, l'**iscrizione nel registro della camera di commercio**: ai fini della massima partecipazione alle procedure di gara, è necessario il requisito di idoneità professionale in caso di iscrizione per attività non coincidente con l'oggetto dell'appalto, purché "**pertinente**".

All'operatore economico di altro Stato membro, non residente in Italia, si consente di **autodichiarare** sotto la propria responsabilità di essere iscritto in uno dei registri professionali o commerciali previsti nell'**Allegato II.11**: questo allegato riproduce (con l'eliminazione del riferimento al Regno

Unito, che non fa più parte dell'Unione europea) l'**Allegato XVI D.Lgs. 50/2016**, a sua volta riprodotto dell'**Allegato XI della direttiva 2014/24/UE**.

È previsto poi che l'allegato sia abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, co. 3 L. 400/1988, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per gli Affari europei che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

Rilevanti sono i **co. 4-11**, dove si disciplina anche la **qualificazione degli operatori economici per gli appalti di forniture e servizi**: *“così da allineare – secondo la Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato – la disciplina della qualificazione per gli appalti di servizi e forniture a quella degli appalti di lavori, così dando vita ad un sistema tendenzialmente unitario in funzione di semplificazione sia per quanto riguarda la partecipazione alla gara da parte degli operatori economici, sia per quanto riguarda il controllo da parte delle stazioni appaltante.*

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

Ai fini dell'immediata operatività del nuovo codice, il **co. 4, terzo periodo** prevede che il **sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici**, articolato in rapporto alle categorie di opere ed all'importo delle stesse, è disciplinato dall'**Allegato II.12** che riproduce le disposizioni *ex artt.* 60-91 d.P.R. 207/2010, riallineate e rese coerenti con le nuove disposizioni del codice.

Di tale allegato è poi prevista, entro tre mesi dall'entrata in vigore del nuovo codice, l'abrogazione e la sostituzione con un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, comma, 1 della L. 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita l'ANAC. L'emanando regolamento disciplinerà sia la procedura per ottenere l'attestazione di qualificazione e il suo rinnovo, sia la procedura di conseguimento dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di qualificazione degli operatori economici: esso riguarderà anche la qualificazione degli operatori economici per gli appalti di servizi e forniture (**co. 10**).

Il **co. 12**, quale **disposizione di chiusura**, prevede poi che, salvo quanto previsto dall'**art. 102 del codice** (impegni dell'operatore economico) o da leggi speciali, le stazioni appaltanti possono richiedere **esclusivamente** i requisiti di partecipazione previsti dai commi precedenti, disposizione anche questa con evidenti finalità di semplificazione.

Art. 101 – Soccorso istruttorio

1. *Salvo che al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta il documento sia presente nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, la stazione appaltante assegna un termine non inferiore a cinque giorni e non superiore a dieci giorni per:*

a) integrare di ogni elemento mancante la documentazione trasmessa alla stazione appaltante nel termine per la presentazione delle offerte con la domanda di partecipazione alla procedura di gara o con il documento di gara unico europeo, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica; la mancata presentazione della garanzia provvisoria, del contratto di avvalimento e dell'impegno a conferire mandato collettivo speciale in caso di raggruppamenti di concorrenti non ancora costituiti è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte;

b) sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione, del documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica. Non sono sanabili le omissioni, inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente.

2. *L'operatore economico che non adempie alle richieste della stazione appaltante nel termine stabilito è escluso dalla procedura di gara.*

3. *La stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato. L'operatore economico è tenuto a fornire risposta nel termine fissato dalla stazione appaltante, che non può essere inferiore a cinque giorni e superiore a dieci giorni. I chiarimenti resi dall'operatore economico non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica.*

4. *Fino al giorno fissato per la loro apertura, l'operatore economico, con le stesse modalità di presentazione della domanda di partecipazione, può richiedere la rettifica di un errore materiale contenuto nell'offerta tecnica o nell'offerta economica di cui si sia avveduto dopo la scadenza del termine per la loro presentazione a condizione che la rettifica non comporti la presentazione di una nuova offerta, o comunque la sua modifica sostanziale, e che resti comunque assicurato l'anonimato.*

L'art. 101 disciplina il c.d. **“soccorso istruttorio”**, i cui principi ispiratori sono così evincibili: *“oltre alla logica semplificatoria – si legge nella **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** - la disposizione tende ad evitare nei limiti del possibile, e nel rispetto del principio della par condicio, che lo svolgimento della procedura di gara sia condizionato da eccessivo formalismo, che può pregiudicare la qualità dell'offerta e il pieno raggiungimento dell'obiettivo perseguito dalla stazione appaltante con la procedura di gara”*.

Il **co. 1** riconosce l'**obbligo** della stazione appaltante di attivare il soccorso istruttorio, per **integrare** la documentazione trasmessa o **sanare** eventuali **omissioni, inesattezze ed irregolarità**: è stata così eliminata la distinzione tra irregolarità essenziali e non essenziali.

In linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia, il soccorso istruttorio non può riguardare profili dell'offerta: unico limite al soccorso istruttorio è l'assoluta incertezza sull'identità dell'operatore economico che ha presentato l'offerta.

Il **co. 2** specifica che, in caso di **mancato adempimento** alle richieste della stazione appaltante, l'operatore è **escluso** dalla procedura di gara: trattasi di una **sanzione** non legata all'inadempimento, quanto alla **inidoneità dell'offerta presentata**.

Il **co. 3** ammette che la stazione appaltante possa sempre richiedere **chiarimenti** sui contenuti dell'offerta, sempre che gli stessi non portino a modificare il contenuto dell'offerta tecnica ed economica.

Il **co. 4** introduce una novità: si prevede la possibilità per l'operatore economico di **emendare un proprio errore materiale** in cui sia incorso nella elaborazione dell'offerta (ad es. una incongruenza tra importi unitari e importo complessivo dell'offerta economica) prima che la stessa sia esaminata e, in particolare, **fino al giorno fissato per l'apertura delle buste contenenti l'offerta**.

La richiesta di rettifica deve essere avanzata con le stesse modalità previste per la presentazione della domanda e può avvenire anche oltre il termine per la presentazione dell'offerta.

La **Relazione illustrativa del Consiglio di Stato** sottolinea che *“tendenzialmente la possibilità dell'operatore economico di emendare l'errore materiale costituisce una previsione omologa e corrispondente alle ipotesi in cui è ammissibile la sanatoria di cui al comma 1, lett. b). Una simile possibilità concessa all'operatore economico non sembra creare particolari problemi di trasparenza, né impone particolari oneri all'amministrazione appaltante di rendere edotti gli altri concorrenti, dal momento che questi ultimi potranno esercitare le loro facoltà di accesso alle offerte e agli altri atti di gara. Resta fermo che la rettifica va chiesta in busta chiusa, con indicazione riportata sulla stessa che si tratta di rettifica, e va aperta insieme all'offerta”*.

Art. 102 – Impegni dell'operatore economico

1. Nei bandi, negli avvisi e negli inviti le stazioni appaltanti, tenuto conto della prestazione oggetto del contratto, richiedono agli operatori economici di assumere i seguenti impegni:

- a) garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato;
- b) garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire, anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare;
- c) garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate.

2. Per i fini di cui al comma 1 l'operatore economico indica nell'offerta le modalità con le quali intende adempiere quegli impegni. La stazione appaltante verifica l'attendibilità degli impegni assunti con qualsiasi adeguato mezzo, anche con le modalità di cui all'articolo 110, solo nei confronti dell'offerta dell'aggiudicatario.

Il **co. 1** introduce numerosi obblighi che l'operatore deve assumere per garantire la stabilità del personale impiegato (**lett. a**); per garantire l'applicazione dei contratti nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e significativamente applicati nel settore di riferimento, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare (**lett. b**); per garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate (**lett. c**).

Trattasi dell'applicazione del criterio di delega di cui all'art. 1, co. 2, lett. h) della legge delega 78/2002, relativamente alle c.d. "**clausole sociali**".

Ferma l'esigenza di non aggravare il procedimento di gara, il **co. 2** stabilisce che l'adempimento di tali obblighi sociali si considera **assicurato con l'impegno** dell'operatore economico, cui è limitrofa la verifica da parte delle stazioni appaltanti dell'attendibilità dell'impegno dichiarato: essa può essere svolta con qualsiasi mezzo adeguato, anche con le modalità dell'art. 110, **solo nei confronti dell'offerta dell'aggiudicatario**.

Art. 103 – Requisiti di partecipazione a procedure di lavori di rilevante importo

Per gli appalti di lavori di importo pari o superiore ai 20 milioni di euro, oltre ai requisiti di cui all'articolo 100, la stazione appaltante può richiedere requisiti aggiuntivi:

a) per verificare la capacità economico-finanziaria dell'operatore economico; in tal caso quest'ultimo fornisce i parametri economico-finanziari significativi richiesti, certificati da società di revisione ovvero da altri soggetti preposti che si affianchino alle valutazioni tecniche proprie dell'organismo di certificazione, da cui emerga in modo inequivoco l'esposizione finanziaria dell'operatore economico al momento in cui partecipa a una gara di appalto; in alternativa, la stazione appaltante può richiedere un volume d'affari in lavori pari a due volte l'importo a base di gara, che l'operatore economico deve aver realizzato nei migliori cinque dei dieci anni antecedenti alla data di pubblicazione del bando;

b) per verificare la capacità professionale per gli appalti per i quali è richiesta la classifica illimitata; in tal caso l'operatore economico fornisce prova di aver eseguito lavori per entità e tipologia compresi nella categoria individuata come prevalente a quelli posti in appalto opportunamente certificati dalle rispettive stazioni appaltanti, tramite presentazione del certificato di esecuzione lavori; tale requisito si applica solo agli appalti di lavori di importo pari o superiore a 100 milioni di euro.

La disposizione deve essere letta in combinato disposto con l'**art. 100 del codice** che rimanda ad un regolamento per la disciplina del sistema di qualificazione e dell'iscrizione all'elenco ufficiale dei prestatori dei servizi e dei fornitori.

Come evidenziato dalla **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato**, “si è pertanto previsto, in considerazione dell’abrogazione dell’art. 84 D.Lgs. 50/2016, di conservare il co. 7 (trasfuso nell’art. 103), reputando opportuno consentire alle stazioni appaltanti di richiedere ulteriori requisiti di partecipazione nel caso di appalti di ingente valore economico (superiore ai 20 mln. di euro)”.

Art. 104 – Avvalimento

1. L’avvalimento è il contratto con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell’appalto. Il contratto di avvalimento è concluso in forma scritta a pena di nullità con indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell’operatore economico. Il contratto di avvalimento è normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell’impresa ausiliaria, e può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti.
2. Qualora il contratto di avvalimento sia concluso per acquisire un requisito necessario alla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto di lavori di importo pari o superiore a euro 150.000, o di un appalto di servizi e forniture, esso ha per oggetto le dotazioni tecniche e le risorse che avrebbero consentito all’operatore economico di ottenere l’attestazione di qualificazione richiesta.
3. Qualora il contratto di avvalimento sia stipulato con impresa ausiliaria in possesso di autorizzazione o altro titolo abilitativo richiesto per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi dell’articolo 100, comma 3, o con un soggetto in possesso di titoli di studio o professionali necessari all’esecuzione della prestazione oggetto dell’appalto, i lavori o i servizi sono eseguiti direttamente dall’impresa ausiliaria. Si applicano le disposizioni in materia di subappalto.
4. L’operatore economico allega alla domanda di partecipazione il contratto di avvalimento in originale o copia autentica, specificando se intende avvalersi delle risorse altrui per acquisire un requisito di partecipazione o per migliorare la propria offerta, e allega, nel caso di cui al comma 2, la certificazione rilasciata dalla SOA o dall’ANAC. L’impresa ausiliaria è tenuta a dichiarare alla stazione appaltante:
 - a) di essere in possesso dei requisiti di ordine generale di cui al Capo II del presente Titolo;
 - b) di essere in possesso dei requisiti di cui all’articolo 100 per i servizi e le forniture;
 - c) di impegnarsi verso l’operatore economico e verso la stessa stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell’appalto le risorse oggetto del contratto di avvalimento.
5. L’impresa ausiliaria trasmette la propria attestazione di qualificazione nel caso di avvalimento finalizzato all’acquisizione del requisito di partecipazione a una procedura di aggiudicazione di lavori. In caso di dichiarazioni mendaci, fermo restando l’applicazione dell’articolo 96, comma 15, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante assegna all’operatore economico concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, per indicare un’altra impresa ausiliaria idonea, purché la sostituzione dell’impresa ausiliaria non conduca a una modifica sostanziale dell’offerta dell’operatore economico. Nel caso di mancato rispetto del termine assegnato, la stazione appaltante esclude l’operatore economico.
6. La stazione appaltante verifica se l’impresa ausiliaria è in possesso dei requisiti dichiarati con le modalità di cui agli articoli 91 e 105, quest’ultimo con riguardo ai mezzi di prova e al registro online, e se sussistono cause di esclusione ai sensi del Capo II del presente Titolo. La stazione appaltante consente all’operatore economico

di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi di esclusione.

7. L'operatore economico e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto. Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico dell'operatore economico si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara.

8. Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, salvo quanto previsto dal comma 3.

9. In relazione a ciascun affidamento la stazione appaltante in corso d'esecuzione effettua le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. A tal fine il RUP accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto siano svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento. Ha, inoltre, l'obbligo di inviare ad entrambe le parti del contratto di avvalimento comunicazioni ai sensi dell'articolo 29 e quelle inerenti all'esecuzione dei lavori. La stazione appaltante trasmette all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la prescritta pubblicità.

10. L'avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'articolo 212 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152.

11. Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali, ivi comprese le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento.

12. Nei soli casi in cui l'avvalimento sia finalizzato a migliorare l'offerta, non è consentito che partecipino alla medesima gara l'impresa ausiliaria e quella che si avvale delle risorse da essa messe a disposizione.

Si assiste qui ad un cambio di impostazione, incentrando la disciplina sul contratto di avvalimento e non sul mero sistema del prestito dei requisiti.

Il **co. 1** indica il **tipo contrattuale** dell'avvalimento: esso è riconducibile ai **contratti di prestito** con il quale un concorrente ad una procedura di aggiudicazione può acquisire la disponibilità di risorse tecniche e umane altrui per eseguire il contratto.

Si richiede la **forma scritta** e la determinazione dell'**oggetto**.

Il contratto è **normalmente oneroso**, non potendosi escludere la gratuità nel caso in cui corrisponda anche ad un interesse proprio dell'impresa ausiliaria.

La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** sottolinea che "la diversa impostazione incentrata sul contratto di avvalimento, anziché sul prestito dei requisiti, consente di ricomprendere nell'ambito dell'avvalimento anche quella particolare figura indicata come **avvalimento c.d. premiale**, in cui il prestito

delle risorse è diretto ad ottenere un punteggio più elevato e non invece il prestito dei requisiti di capacità mancanti”.

Il **co. 3** stabilisce i casi in cui l'ausiliaria, laddove sia in possesso di **requisiti non trasferibili**, debba svolgere in proprio la prestazione, rinviando alla disciplina del **subappalto**.

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

Il **co. 7** mantiene la **responsabilità in solido** di ausiliaria e concorrente e l'applicazione della **normativa antimafia** anche nei confronti della prima.

I **co. 8-10** reiterano la normativa previgente, anche dove **si esclude** l'avvalimento per soddisfare il requisito dell'**iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali**.

Il **co. 11** prevede che la stazione appaltante possa disporre che talune attività siano **svolte direttamente dall'operatore**.

Tale disposizione innovativa trova applicazione anche al caso delle **opere c.d. "superspecialistiche"** (le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali).

Nel **co. 12** si prevede una sola ipotesi di **incompatibilità** all'utilizzo dell'avvalimento: si tratta dell'**avvalimento premiale**, non potendo, in tal caso, l'impresa ausiliaria partecipare alla medesima procedura di gara.

Art. 105 – Rapporti di prova, certificazioni delle qualità, mezzi di prova, registro on line dei certificati e costi del ciclo di vita

I rapporti di prova, le certificazioni e altri mezzi di prova, nonché il costo del ciclo di vita sono disciplinati all'allegato II.8. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato II.8 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

L'art. 105 rinvia all'**Allegato II.8** per quanto riguarda i rapporti di prova, certificazioni di qualità, mezzi di prova, registro *on line* dei certificati e costi del ciclo di vita.

L'allegato sarà abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, co. 3 L. 400/1988, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri,

su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

La **Relazione illustrativa del Consiglio di Stato** sottolinea che la “ratio di tale nuova disposizione è quella, comune ad altre disposizioni, di alleggerire il testo del codice rinviando agli allegati per alcune disposizioni di dettaglio”.

Art. 106 – Garanzie per la partecipazione alle procedure

1. *L’offerta è corredata da una garanzia provvisoria pari al 2 per cento del valore complessivo della procedura indicato nel bando o nell’invito. Per rendere l’importo della garanzia proporzionato e adeguato alla natura delle prestazioni oggetto dell’affidamento e al grado di rischio a esso connesso, la stazione appaltante può motivatamente ridurre l’importo sino all’1 per cento oppure incrementarlo sino al 4 per cento. Nel caso di procedure di gara realizzate in forma aggregata da centrali di committenza, l’importo della garanzia è fissato nel bando o nell’invito nella misura massima del 2 per cento del valore complessivo della procedura. In caso di partecipazione alla gara di un raggruppamento temporaneo di imprese, anche se non ancora costituito, la garanzia deve coprire le obbligazioni di ciascuna impresa del raggruppamento medesimo. La garanzia provvisoria può essere costituita sotto forma di cauzione oppure di fideiussione.*

2. *La cauzione è costituita presso l’istituto incaricato del servizio di tesoreria o presso le aziende autorizzate, a titolo di pegno a favore della stazione appaltante, esclusivamente con bonifico o con altri strumenti e canali di pagamento elettronici previsti dall’ordinamento vigente. Si applica, quanto allo svincolo, il comma 10.*

3. *La garanzia fideiussoria di cui al comma 1 a scelta dell’appaltatore può essere rilasciata da imprese bancarie o assicurative che rispondano ai requisiti di solvibilità previsti dalle leggi che ne disciplinano le rispettive attività, oppure dagli intermediari finanziari iscritti nell’albo di cui all’articolo 106 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta nell’apposito albo e che abbiano i requisiti minimi di solvibilità richiesti dall’avigente normativa bancaria assicurativa. La garanzia fideiussoria deve essere emessa e firmata digitalmente; essa deve essere altresì verificabile telematicamente presso l’emittente ovvero gestita mediante ricorso a piattaforme operanti con tecnologie basate su registri distribuiti ai sensi dell’articolo 8-ter, comma 1, del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12, conformi alle caratteristiche stabilite dall’AGID con il provvedimento di cui all’articolo 26, comma 1.*

4. *La garanzia deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all’eccezione di cui all’articolo 1957, secondo comma, del codice civile, nonché l’operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante.*

5. *La garanzia deve avere efficacia per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell’offerta. Il bando o l’invito possono richiedere una garanzia con termine di validità maggiore o minore, in relazione alla durata presumibile del procedimento, e possono altresì prescrivere che l’offerta sia corredata dell’impegno del*

garante a rinnovare la garanzia, su richiesta della stazione appaltante nel corso della procedura, per la durata indicata nel bando, nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione.

6. La garanzia copre la mancata aggiudicazione dopo la proposta di aggiudicazione e la mancata sottoscrizione del contratto imputabili a ogni fatto riconducibile all'affidatario o conseguenti all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.

7. La garanzia è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto.

8. L'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 30 per cento per gli operatori economici ai quali sia rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000. Si applica la riduzione del 50 per cento, non cumulabile con quella di cui al primo periodo, nei confronti delle micro, delle piccole e delle medie imprese e dei raggruppamenti di operatori economici o consorzi ordinari costituiti esclusivamente da micro, piccole e medie imprese. L'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 10 per cento, cumulabile con la riduzione di cui al primo e secondo periodo, quando l'operatore economico presenti una fideiussione, emessa e firmata digitalmente, che sia gestita mediante ricorso a piattaforme operanti con tecnologie basate su registri distribuiti ai sensi del comma 3. L'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto fino ad un importo massimo del 20 per cento, cumulabile con le riduzioni di cui al primo e secondo periodo, quando l'operatore economico possieda uno o più delle certificazioni o marchi individuati, tra quelli previsti dall'allegato II.13, nei documenti di gara iniziali che fissano anche l'importo della riduzione, entro il limite massimo predetto. In caso di cumulo delle riduzioni, la riduzione successiva è calcolata sull'importo che risulta dalla riduzione precedente. Per fruire delle riduzioni di cui al presente comma l'operatore economico segnala, in sede di offerta, il possesso dei relativi requisiti e lo documenta nei modi prescritti dalle norme vigenti. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato II.13 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della sicurezza energetica e il Ministro per gli affari europei, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

9. Le garanzie fideiussorie devono essere conformi allo schema tipo di cui all'articolo 117, comma 12. Si applicano inoltre i periodi secondo e terzo dello stesso comma.

10. La stazione appaltante, nell'atto con cui comunica l'aggiudicazione ai non aggiudicatari, provvede nei loro confronti allo svincolo della garanzia di cui al comma 1. La garanzia perde comunque efficacia alla scadenza del termine di trenta giorni dall'aggiudicazione.

11. Il presente articolo non si applica agli appalti di servizi aventi ad oggetto la redazione della progettazione e del piano di sicurezza e coordinamento e ai compiti di supporto alle attività del RUP.

La principale novità riguarda la garanzia fideiussoria che, ai sensi del **co. 3, secondo periodo**, deve obbligatoriamente essere emessa e firmata **digitalmente**; essa deve essere altresì verificabile telematicamente presso l'emittente ovvero gestita mediante ricorso a piattaforme digitali specificate. La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** sottolinea che "va precisato che, pur non essendo obbligatorio prestare garanzia fideiussoria, in quanto si è mantenuta l'alternativa con la cauzione, si è tuttavia previsto che quando l'operatore economico scelga la prima, la polizza debba essere c.d. nativa digitale.

L'obbligatorietà del formato nativo digitale delle garanzie è un presupposto necessario per aumentare l'efficienza e la sicurezza del sistema, la riduzione degli oneri amministrativi".

Si sottolinea poi che:

- nel **co. 1**, il riferimento al **"valore complessivo della procedura"** (comprensivo quindi di eventuali rinnovi e opzioni) è preferibile rispetto a quello di **"prezzo base"**, fraintendibile nel senso di prezzo/importo a base d'asta;
- nel **co. 1** è stato **eliminato il riferimento ai contratti sotto soglia comunitaria** perché la disciplina della garanzia provvisoria per questi contratti è contenuta nel Libro II, Parte I;
- il **co. 6** è stato modificato in aderenza al principio di diritto espresso dalla sentenza dell'**Ad. Plen. 7/2022**;
- nel **co. 8** la semplificazione delle fattispecie comportanti una riduzione dell'importo della garanzia, le quali vengono limitate a due a portata generale e ad una terza rimessa alla **discrezionalità della stazione appaltante quanto all'importo della riduzione** (entro un limite massimo fissato per legge).
- si è eliminato l'obbligo di corredare l'offerta con l'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia definitiva. Sono così **ridotti gli oneri a carico degli operatori**, facendo venire meno una causa di esclusione da alcuni considerata formale (dato che comunque la stipula del contratto avviene dopo la ricezione della garanzia definitiva) ed equiparando le PMI alle altre imprese.

Si prevede, infine, rispettivamente nei **co. 9, 10 e 11** che: le garanzie fideiussorie devono essere conformi allo **schema tipo** di cui all'**art. 117, co. 12**; che la stazione appaltante, nell'atto con cui comunica l'aggiudicazione ai non aggiudicatari, provvede nei loro confronti allo **svincolo della garanzia** di cui al co. 1, ancorché la stessa garanzia perda comunque efficacia alla scadenza del termine di 30 giorni dall'aggiudicazione e che l'**art. 106 non si applica** agli appalti di servizi aventi ad oggetto la redazione della progettazione e del piano di sicurezza e coordinamento e ai compiti di supporto alle attività del RUP.

TITOLO V

LA SELEZIONE DELLE OFFERTE

Art. 107 – Principi generali in materia di selezione

1. *Gli appalti sono aggiudicati sulla base di criteri stabiliti conformemente agli articoli da 108 a 110 previa verifica, in applicazione dell'articolo 91 e dell'allegato II.8, quest'ultimo con riguardo ai mezzi di prova e al registro online, della sussistenza dei seguenti presupposti:*

a) l'offerta è conforme alle previsioni contenute nel bando di gara o nell'invito a confermare l'interesse nonché nei documenti di gara;

b) l'offerta proviene da un offerente che non è escluso ai sensi del Capo II del Titolo IV della presente Parte e che possiede i requisiti di cui all'articolo 100 e, se del caso, dell'articolo 103.

2. La stazione appaltante può decidere di non aggiudicare l'appalto all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa se ha accertato che l'offerta non soddisfa gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali di diritto del lavoro indicate nell'allegato X alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014.

3. Nelle procedure aperte, la stazione appaltante può disporre negli atti di gara che le offerte siano esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte. Se si avvale di tale possibilità, la stazione appaltante garantisce che la verifica dell'assenza dei motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente.

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

I **co. 1-2** riproducono l'**art. 54 della direttiva 2014/24/UE**, risultando invariati rispetto al dettato precedente.

Il **co. 3** stabilizza l'**inversione procedimentale**.

Il **co. 1** prevede che gli appalti sono aggiudicati sulla base dei criteri stabiliti conformemente agli artt. 108-110, previa verifica della sussistenza di alcuni presupposti.

In particolare, l'offerta deve essere conforme ai requisiti, alle condizioni e ai criteri indicati nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, nonché nei documenti di gara e deve provenire da un offerente che non sia escluso e che possieda i requisiti di cui all'art. 100 e, se del caso, dell'art. 103.

Il **co. 2** prevede la facoltà per la stazione appaltante di decidere di non aggiudicare l'appalto all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, nel caso in cui abbia accertato che l'offerta non soddisfa gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali di diritto del lavoro indicate nell'**Allegato X alla direttiva 2014/24/UE** del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014.

Il **co. 3**, invece, generalizza l'**inversione procedimentale**, introdotta in coerenza con il criterio della riduzione dei tempi di cui all'art. 1, co. 2, lett. m) della legge delega 78/2022.

L'istituto è previsto dall'art. 56, par. 2 della predetta direttiva ed era già stato introdotto in via sperimentale anche nel settore degli appalti ordinari dall'art. 1, co. 3 D.L. 32/2019, convertito, con modificazioni, dalla L. 55/2019, (c.d. sblocca cantieri), come estensione della disciplina contenuta nell'art. 133, co. 8 D.Lgs. 50/2016, che la prevede invece nei soli settori speciali.

Il perimetro temporale di applicazione della misura, giova sottolinearlo, era stato esteso fino al 30 giugno 2023 dal **D.L. 77/2021**, convertito con modificazioni dalla L.108/2021.

Nello specifico, si prevede che nelle procedure **aperte** la stazione appaltante può decidere che le offerte siano esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti.

Tale facoltà può essere esercitata **se prevista dagli atti di gara** e, qualora la stazione appaltante decida di avvalersi di tale possibilità, deve garantire che la verifica dell'assenza dei motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente.

La previsione (non dissimile da quella già prevista in Germania e Francia), oltre ad essere coerente con il **divieto di gold plating**, introduce una semplificazione procedimentale, determinante una riduzione dei tempi di durata delle procedure di aggiudicazione così agevolando le attività delle stazioni appaltanti.

Art. 108 – Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture

1. *Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici, le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture e all'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente a quanto previsto dall'allegato II.8, con riguardo al costo del ciclo di vita.*

2. *Sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo:*

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

3. *Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera di cui alla definizione dell'articolo 2, comma 1, lettera e), dell'allegato I.1. 4. I documenti di gara stabiliscono i criteri di aggiudicazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto. In particolare, l'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali,*

connessi all'oggetto dell'appalto. La stazione appaltante, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici. Nelle attività di approvvigionamento di beni e servizi informatici, le stazioni appaltanti, incluse le centrali di committenza, nella valutazione dell'elemento qualitativo ai fini dell'individuazione del miglior rapporto qualità prezzo per l'aggiudicazione, tengono sempre in considerazione gli elementi di cybersicurezza, attribuendovi specifico e peculiare rilievo nei casi in cui il contesto di impiego è connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici. Nei casi di cui al quarto periodo, quando i beni e servizi informatici oggetto di appalto sono impiegati in un contesto connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici, la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 10 per cento. Per i contratti ad alta intensità di manodopera, la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento.

5. L'elemento relativo al costo, anche nei casi di cui alle disposizioni richiamate al comma 1, può assumere la forma di un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi.

6. I criteri di aggiudicazione sono considerati connessi all'oggetto dell'appalto quando riguardino lavori, forniture o servizi da fornire sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del loro ciclo di vita, compresi i fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, fornitura o scambio di questi lavori, forniture o servizi o in un processo specifico per una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale.

7. I documenti di gara oppure, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo indicano i singoli criteri di valutazione e la relativa ponderazione, anche prevedendo una forcella in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere adeguato. Per ciascun criterio di valutazione prescelto possono essere previsti sub-criteri e sub-pesi o sub-punteggi. Ai fini della tutela della libera concorrenza e della promozione del pluralismo degli operatori nel mercato, le procedure relative agli affidamenti di cui al Libro II, parte IV, possono prevedere, nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, criteri premiali atti a favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese nella valutazione dell'offerta e a promuovere, per le prestazioni dipendenti dal principio di prossimità per la loro efficiente gestione, l'affidamento ad operatori economici con sede operativa nell'ambito territoriale di riferimento. Le disposizioni di cui al terzo periodo si applicano compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità. Al fine di promuovere la parità di genere, le stazioni appaltanti prevedono nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, il maggior punteggio da attribuire alle imprese che attestano, anche a mezzo di autocertificazione, il possesso dei requisiti di cui all'articolo 46-bis del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198. La stazione appaltante verifica l'attendibilità dell'autocertificazione dell'aggiudicataria con qualsiasi adeguato mezzo.

8. Le stazioni appaltanti, quando ritengono la ponderazione di cui al comma 7 non possibile per ragioni oggettive, indicano nel bando di gara e nel capitolato d'onori o, in caso di dialogo competitivo, nel bando o nel documento descrittivo, l'ordine decrescente di importanza dei criteri. Per attuare la ponderazione o comunque attribuire il punteggio a ciascun elemento dell'offerta, le stazioni appaltanti utilizzano metodologie che individuino con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa.

9. Nell'offerta economica l'operatore indica, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale.

10. Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto. Tale facoltà è indicata espressamente nel bando di gara o invito nelle procedure senza bando e può essere esercitata non oltre il termine di trenta giorni dalla conclusione delle valutazioni delle offerte.

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

12. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente al provvedimento di aggiudicazione, tenendo anche conto dell'eventuale inversione procedimentale, non è rilevante ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte, eventualmente stabilita nei documenti di gara, e non produce conseguenze sui procedimenti relativi agli altri lotti della medesima gara.

L'art. 108 indica i criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici con il riferimento, conforme alla direttiva 2014/24/UE, dei criteri del **prezzo più basso** e dell'**offerta economicamente più vantaggiosa**.

Il **co. 1** riprende il D.Lgs. 50/2016, con alcune modifiche: le stazioni appaltanti, infatti, procedono all'aggiudicazione degli appalti e all'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata **sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o dell'elemento prezzo o del costo**, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita conformemente a quanto previsto dall'**Allegato II.8**.

Restano salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici.

Dai criteri di aggiudicazione non deriva in capo alla stazione appaltante un potere di scelta illimitata, dovendosi sempre garantire la possibilità di una concorrenza effettiva: essi sono così accompagnati da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte.

Il **co. 2** prevede ipotesi in cui è **vincolante il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa**, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

Si tratta in particolare:

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

d) degli affidamenti in caso di **dialogo competitivo** e di **partenariato per l'innovazione**;

e) degli affidamenti di **appalto integrato**.

Le soglie previste dalle lettere b) e c) sono state alzate da 40.000 a 140.000, sia per esigenze di carattere sistematico, sia in considerazione del mutamento del quadro economico e sociale, sia per il limitato ambito applicativo residuo per le procedure diverse dall'affidamento diretto in tali ipotesi.

Ad ogni modo, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa deve essere applicato anche in caso di dialogo competitivo, partenariato per l'innovazione; finanza di progetto; locazione finanziaria; affidamento a contraente generale.

Il **co. 3** introduce, invece, i casi in cui le stazioni appaltanti possono utilizzare il **criterio del minor prezzo**, anche tenendo conto di quanto previsto nelle Linee Guida ANAC n. 2 di attuazione del D.Lgs. 50/2016, recanti *"Offerta economicamente più vantaggiosa"*, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1005/2016 ed aggiornate al D.Lgs. 56/2017, con delibera n. 424/2018.

Detto criterio può essere utilizzato per i servizi e le forniture con **caratteristiche standardizzate** o **le cui condizioni sono definite dal mercato**, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera.

Il **co. 4** prevede che i **documenti di gara stabiliscono i criteri di aggiudicazione dell'offerta**, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, precisandosi che l'offerta economicamente più vantaggiosa è valutata sulla base di **criteri oggettivi**, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto.

A differenza dell'art. 95, co. 6 D.Lgs. 50/2016, è stata **eliminata l'elencazione esemplificativa dei criteri utilizzati**.

Il **co. 5**, riproduzione dell'art. 67, par. 2, direttiva 2014/24, prevede che l'elemento relativo al **costo** può assumere la **forma di un prezzo o costo fisso** sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi.

Il **co. 6**, corrispondente all'art. 67, par. 4, della citata direttiva, prevede la **connessione dei criteri di aggiudicazione all'oggetto dell'appalto**, nel caso in cui riguardino lavori, forniture o servizi da fornire nell'ambito di tale appalto sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del loro ciclo di vita, compresi fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, fornitura o scambio di questi lavori, forniture o servizi o in un processo specifico per una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale.

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

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

Come sottolineato dalla **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato**, *“nel caso in cui la ponderazione descritta al co. 7 non sia possibile, le stazioni appaltanti indicano negli atti di gara l’ordine decrescente di importanza dei criteri. Per attuare la ponderazione o comunque attribuire il punteggio a ciascun elemento dell’offerta, le amministrazioni aggiudicatrici utilizzano metodologie tali da consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l’offerta più vantaggiosa”*.

Il **co. 9** prevede l’obbligo dell’operatore di indicare nell’offerta economica, **a pena di esclusione**, i propri **costi della manodopera** e gli **oneri aziendali** concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera e dei servizi di natura intellettuale: a tal fine, si è previsto l’inciso *“a pena di esclusione”* per dare maggiore certezza agli operatori giuridici derivanti dalla citata omissione dichiarativa.

Il **co. 10** prevede che le stazioni appaltanti possono comunque decidere, prevedendo espressamente tale facoltà nel bando di gara o nella lettera di invito, di **non procedere all’aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea** in relazione all’oggetto del contratto, nel rispetto dei termini per la conclusione del procedimento e, comunque, non oltre il termine di 30 giorni dalla conclusione delle valutazioni delle offerte.

Il **co. 11** prevede che, in caso di appalti di lavori aggiudicati con il **criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa** (individuata sulla base del migliore rapporto qualità/prezzo), le stazioni appaltanti **non possono attribuire alcun punteggio per l’offerta di opere aggiuntive** rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d’asta: si precisa così che la disposizione è applicabile ai soli appalti di lavori.

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

La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** sottolinea che *“rispetto al testo dell’art. 95 D.Lgs. 50/2016, sono eliminati per confluire eventualmente negli allegati al codice: il co. 6 nella parte in cui esemplifica i criteri di aggiudicazione dell’offerta utilizzabili dalle stazioni appaltanti, suscettibile di inserimento in normativa secondaria attuativa del codice; il co. 13 nella parte in cui fa riferimento ai criteri premiali dell’offerta; il co. 14, nella parte in cui fa riferimento a ulteriori disposizioni applicabili nei casi di adozione del criterio di aggiudicazione del miglior rapporto qualità/prezzo.*

Merita ancora evidenziare come sia stato soppresso il co. 10-bis che, allo scopo di valorizzare gli elementi qualitativi dell’offerta, disponeva, in assenza di analogo vincolo europeo, che la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento (regola del 70/30). La scelta dell’eliminazione di tale regola è dipesa dall’analisi economica che ha dimostrato come la stessa contenga degli

elementi critici, distorsivi del mercato, secondo quanto rilevato anche dall'A.G.C.M. con la segnalazione S4143 in data 23 marzo 2021 al Presidente del Consiglio dei Ministri”.

Da ultimo, si deve sottolineare come l'**art 2 D.L. 51/2023**, recante “*Disposizioni urgenti in materia di amministrazione di enti pubblici, di termini legislativi e di iniziative di solidarietà sociale*”, convertito con modificazioni dalla L. 3 luglio 2023, n. 87, sia intervenuto sul testo dell'art. 108, co. 7, introducendo l'ultimo periodo disciplinante la prova del possesso della cd. “*certificazione della parità di genere*” ex art. 46-bis D.Lgs. 198/2006.

Art. 109 – Reputazione dell'impresa

- 1. È istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, un sistema digitale di monitoraggio delle prestazioni, quale elemento del fascicolo virtuale degli operatori. Il sistema è fondato su requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi, che esprimono l'affidabilità dell'impresa in fase esecutiva, il rispetto della legalità e degli obiettivi di sostenibilità e responsabilità sociale.*
- 2. L'ANAC definisce gli elementi del monitoraggio, le modalità di raccolta dei dati e il meccanismo di applicazione del sistema per incentivare gli operatori al rispetto dei principi del risultato di cui all'[articolo 1](#) e di buona fede e affidamento di cui all'[articolo 5](#), bilanciando questi elementi con il mantenimento dell'apertura del mercato, specie con riferimento alla partecipazione di nuovi operatori.*
- 3. Alla presente disposizione è data attuazione entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore del codice, anche tenendo conto dei risultati ottenuti nel periodo iniziale di sperimentazione.*

L'art. 109 riprende, innovandolo, l'**art. 83, co. 10 D.Lgs. 50/2016**: si istituisce, presso l'ANAC, un **sistema digitale di monitoraggio delle prestazioni**, quale elemento del fascicolo virtuale degli operatori.

Risultano modificati la semplificazione del sistema ed il suo collegamento con il fascicolo virtuale dell'operatore economico.

Il **co. 1** prevede l'istituzione del citato sistema **presso l'ANAC**, quale elemento del fascicolo virtuale degli operatori: il sistema è fondato su **requisiti reputazionali**, valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono l'affidabilità dell'impresa in fase esecutiva, il rispetto della legalità, l'impegno della stessa impresa sul piano sociale.

Il **co. 2** rimette all'ANAC la definizione degli elementi del monitoraggio, delle modalità di raccolta dei dati e del meccanismo di applicazione del sistema, così da incentivare gli operatori al rispetto dei principi del risultato e di buona fede e affidamento.

È precisato poi l'obbligo dell'ANAC di bilanciare tali elementi con il mantenimento dell'apertura del mercato, specie con riferimento alla partecipazione di nuovi operatori.

Il **co. 3** prevede, sotto il **profilo temporale**, che alla disposizione viene data attuazione entro 18 mesi dall'entrata in vigore del codice, anche tenendo conto delle risultanze ottenute nel periodo iniziale di sperimentazione.

Come ben spiegato dalla **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato**, *“l'introduzione di questo sistema reputazionale è stato vivamente caldeggiato soprattutto dagli economisti che hanno partecipato fattivamente alla redazione della proposta di Codice, in considerazione dell'esito positivo che esso ha mostrato nell'affidamento degli appalti pubblici soprattutto negli Stati Uniti”* pur dovendosi evidenziare che *“il funzionamento di un simile sistema deve coordinarsi con il principio di libera circolazione e con il principio di concorrenza, ben potendo il requisito reputazionale sconfinare altrimenti in una sorta di ostacolo all'ingresso nel mercato di nuovi operatori economici ovvero creare indebite situazioni di vantaggio per operatori commerciali di dimensioni maggiori e capaci pertanto anche di ottenere valutazioni prestazionali positive”*.

Art. 110 – Offerte anormalmente basse

1. Le stazioni appaltanti valutano la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta, che in base a elementi specifici, inclusi i costi dichiarati ai sensi dell'articolo 108, comma 9, appaia anormalmente bassa. Il bando o l'avviso indicano gli elementi specifici ai fini della valutazione.

2. In presenza di un'offerta che appaia anormalmente bassa le stazioni appaltanti richiedono per iscritto all'operatore economico le spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti, assegnando a tal fine un termine non superiore a quindici giorni.

3. Le spiegazioni di cui al comma 2 possono riguardare i seguenti elementi:

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

4. Non sono ammesse giustificazioni:

- a) in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge;
- b) in relazione agli oneri di sicurezza di cui alla normativa vigente.

5. La stazione appaltante esclude l'offerta se le spiegazioni fornite non giustificano adeguatamente il livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 3, oppure se l'offerta è anormalmente bassa in quanto:

- a) non rispetta gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali di diritto del lavoro indicate nell'allegato X alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014;
- b) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 119;

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

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

6. Qualora accerti che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato, la stazione appaltante può escluderla unicamente per questo motivo, soltanto dopo aver consultato l'offerente e se quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dalla stazione appaltante, che l'aiuto era compatibile con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. In caso di esclusione la stazione appaltante informa la Commissione europea.

L'art. 110 disciplina le **offerte anormalmente basse**, con modifiche rilevanti rispetto al D.Lgs. 50/2016, "al fine di semplificare - secondo le parole della **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** - la relativa disciplina, responsabilizzare le stazioni appaltanti nella scelta del sistema di anomalia e nella sua applicazione, tenere in considerazione l'eterogeneità delle situazioni concrete".

In particolare, sono state disciplinate le procedure di importo sopra-soglia e quelle sotto-soglia, optando per una **disciplina differenziata** tra i due sistemi.

Sono pertanto **eliminate** dall'articolo le disposizioni dedicate alle **procedure sotto-soglia**, che trovano autonoma collocazione nell'art. 54 per quanto riguarda l'esclusione automatica.

Con riferimento al **sopra-soglia** - in cui l'accertamento dell'anomalia avviene sempre e comunque **in contraddittorio** con l'operatore - è stata rimessa alla **discrezionalità della stazione appaltante** l'individuazione delle offerte che, *prima facie*, appaiono anomale e che quindi andranno sottoposte a verifica, con un conclusivo epilogo dotato di motivazione adeguata: sono **eliminate le soglie fissate ex lege**.

La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** ha evidenziato che "la scelta appare coerente con la ratio di restituire alle stazioni appaltanti la propria discrezionalità amministrativa e tecnica, conferendo pertanto alla stessa il potere e il dovere di compiere le scelte amministrative di loro pertinenza, in coerenza con i principi del risultato di cui all'art. 1, della fiducia di cui all'art. 2 e di buona fede e affidamento di cui all'art. 5".

Vista la normativa euro-unitaria, la scelta risulta coerente con il divieto di *gold plating*.

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

La stazione appaltante è così **tenuta ad indicare**, nel bando o nell'avviso con cui si indice una gara, gli **elementi specifici** sulla cui base svolgere il giudizio funzionale alla valutazione di anomalia di una data offerta: **non vi è una soglia di valutazione ex ante di anomalia**, ma ci si rimette alla discrezionalità delle stazioni appaltanti, le quali potranno utilizzare, nei limiti in cui siano

compatibili, anche i criteri di cui al previgente codice ovvero quelli previsti dall'**Allegato II.12 bis**, ovvero ancora i diversi e nuovi criteri o parametri individuati dalle stesse stazioni appaltanti.

Qualunque sia il criterio scelto dalla stazione appaltante è comunque necessario seguire il procedimento *ex art.* 110 e, in particolare, la regola in virtù della quale l'esclusione dell'operatore economico potrà avvenire **solo ed esclusivamente nel rispetto del contraddittorio procedimentale** ivi previsto ed in conformità con le previsioni di diritto europeo.

In ogni caso, anche al fine di valutare se sottoporre a giudizio di anomalia una determinata offerta, così come nella predisposizione dei criteri, la stazione appaltante può fondare la propria determinazione sul **parere del Collegio consultivo tecnico**.

Il **co. 2** prevede che, qualora una determinata offerta appaia anormalmente bassa, è necessario in ogni caso sviluppare un contraddittorio procedimentale, richiedendo per iscritto al concorrente la presentazione di spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte, entro un termine non superiore a **quindici giorni**. Fermo il rispetto del termine massimo previsto dalla legge, il termine deve comunque essere congruo e ragionevole in relazione alla complessità delle spiegazioni richieste e delle altre esigenze che potranno venire in rilievo nel caso specifico.

Il **co. 3** prevede che le **spiegazioni fornite dal concorrente** possono riguardare: a) l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione; b) le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori; c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente.

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

Conclusa la fase di valutazione dell'anomalia dell'offerta, il **co. 5** dispone che la stazione appaltante debba **escludere l'offerta** se le spiegazioni fornite non giustificano adeguatamente il livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al co. 3, oppure se l'offerta è anormalmente bassa in quanto: non rispetta gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali di diritto del lavoro indicate nell'allegato X alla direttiva 2014/24/UE ovvero in tema di subappalto *ex art. 119*; sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza *ex art. 108, co. 9*, rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture; il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati in apposite tabelle.

Al **co. 6**, aderendo all'art. 69, par. 4, della direttiva 2014/24/UE e a quanto previsto dal previgente codice, si prevede che la stazione appaltante, qualora accerti che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un **aiuto di Stato**, può escludere tale offerta unicamente per questo

motivo, soltanto dopo aver consultato l'offerente e se quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dalla stazione appaltante, la compatibilità dell'aiuto con il mercato interno *ex art. 107 TFUE*: in tali circostanze, la stazione appaltante esclude l'offerta ed informa la Commissione europea.

Art. 111 – Avvisi relativi agli appalti aggiudicati

- 1. Le stazioni appaltanti che hanno aggiudicato un contratto pubblico o concluso un accordo quadro inviano un avviso secondo le modalità di pubblicazione di cui all'[articolo 84](#), conforme all'allegato II.6, Parte I, lettera D, relativo ai risultati della procedura di aggiudicazione, entro trenta giorni dalla conclusione del contratto o dalla conclusione dell'accordo quadro.*
- 2. Se la gara è stata indetta mediante un avviso di pre-informazione e se la stazione appaltante ha deciso che non aggiudicherà ulteriori appalti nel periodo coperto dall'avviso di pre-informazione, l'avviso di aggiudicazione contiene un'indicazione specifica al riguardo.*
- 3. Nel caso di accordi quadro conclusi ai sensi dell'[articolo 59](#), le stazioni appaltanti sono esentate dall'obbligo di inviare un avviso sui risultati della procedura di aggiudicazione di ciascun appalto basato su tale accordo e raggruppano gli avvisi sui risultati della procedura d'appalto per gli appalti fondati sull'accordo quadro su base trimestrale. In tal caso, esse inviano gli avvisi raggruppati entro trenta giorni dalla fine di ogni trimestre.*
- 4. Le stazioni appaltanti inviano all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, conformemente a quanto previsto dall'[articolo 84](#), un avviso di aggiudicazione di appalto entro trenta giorni dall'aggiudicazione di ogni appalto basata su un sistema dinamico di acquisizione. Esse possono tuttavia raggruppare gli avvisi su base trimestrale. In tal caso, inviano gli avvisi raggruppati al più tardi trenta giorni dopo la fine di ogni trimestre.*
- 5. Fermo restando quanto disposto dagli [articoli 35](#) e [36](#), talune informazioni relative all'aggiudicazione dell'appalto o alla conclusione dell'accordo quadro possono non essere pubblicate qualora la loro divulgazione ostacoli l'applicazione della legge, sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di un particolare operatore economico, pubblico o privato, oppure possa arrecare pregiudizio alla concorrenza leale tra operatori economici.*

L'articolo si rifà all'**art. 50 della direttiva 2014/24/UE**, in linea con il previgente codice.

In base al **co. 1**, le stazioni appaltanti, che hanno aggiudicato un contratto pubblico o concluso un accordo quadro, inviano un avviso secondo le modalità di pubblicazione di cui all'[art. 84](#), conforme all'Allegato II.6, Parte I, lett. D), relativo ai risultati della procedura di aggiudicazione, entro 30 giorni dalla conclusione del contratto o dalla conclusione dell'accordo quadro.

Il **co. 2** prevede che, laddove la gara sia stata indetta mediante un avviso di pre-informazione e la stazione appaltante abbia deciso che non aggiudicherà ulteriori appalti nel periodo coperto dall'avviso di pre-informazione, l'avviso di aggiudicazione dovrà contenere un'indicazione specifica al riguardo.

Il **co. 3** dispone che, in caso di accordi quadro conclusi *ex art. 59 del codice*, le stazioni appaltanti sono esentate dall'obbligo di inviare un avviso sui risultati della procedura di aggiudicazione di ciascun appalto basato su tale accordo e raggruppano gli avvisi sui risultati della procedura d'appalto per gli appalti fondati sull'accordo quadro su base trimestrale: in tale caso, inviano gli avvisi raggruppati entro 30 giorni dalla fine di ogni trimestre.

Il **co. 4** prevede poi che le stazioni appaltanti inviano all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea un avviso di aggiudicazione di appalto entro 30 giorni dall'aggiudicazione di ogni appalto basata su un sistema dinamico di acquisizione. Esse possono tuttavia raggruppare gli avvisi su base trimestrale. Nel caso di specie, inviano gli avvisi raggruppati al più tardi 30 giorni dopo la fine di ogni trimestre.

Il **co. 5** dispone che, fermi gli *artt. 35-36*, alcune informazioni relative all'aggiudicazione dell'appalto o alla conclusione dell'accordo quadro possono **non essere pubblicate** nel caso in cui la loro divulgazione ostacoli l'applicazione della legge, sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di un particolare operatore economico, pubblico o privato, oppure possa arrecare pregiudizio alla concorrenza leale tra operatori economici.

Art. 112 – Relazioni uniche sulle procedure di aggiudicazione degli appalti

1. Per ogni appalto od ogni accordo quadro di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 14 e ogniquale sia istituito un sistema dinamico di acquisizione, la stazione appaltante redige una relazione contenente almeno le seguenti informazioni:

- a) il nome e l'indirizzo della stazione appaltante, l'oggetto e il valore dell'appalto, dell'accordo quadro o del sistema dinamico di acquisizione;*
- b) se del caso, i risultati della selezione qualitativa e della riduzione dei numeri di candidati altrimenti qualificati da invitare a partecipare o del numero di offerte e soluzioni:
 - 1) i nomi dei candidati o degli offerenti selezionati e i motivi della selezione;*
 - 2) i nomi dei candidati o degli offerenti esclusi e i motivi dell'esclusione;**
- c) i motivi del rigetto delle offerte giudicate anormalmente basse;*
- d) il nome dell'aggiudicatario e le ragioni della scelta della sua offerta, nonché, se è nota, la parte dell'appalto o dell'accordo quadro che l'aggiudicatario intende subappaltare a terzi; e, se noti al momento della redazione, i nomi degli eventuali subappaltatori del contraente principale;*
- e) per le procedure competitive con negoziazione e i dialoghi competitivi, le circostanze di cui all'articolo 70 che giustificano l'utilizzazione di tali procedure;*
- f) per quanto riguarda le procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara, le circostanze di cui all'articolo 76 che giustificano l'utilizzazione di tali procedure;*
- g) eventualmente, le ragioni per le quali l'amministrazione aggiudicatrice ha deciso di non aggiudicare un appalto, concludere un accordo quadro o istituire un sistema dinamico di acquisizione;*

h) eventualmente, i conflitti di interesse individuati e le misure successivamente adottate.

2. La relazione di cui al comma 1 non è richiesta per gli appalti basati su accordi quadro conclusi con un solo operatore economico e aggiudicati entro i limiti delle condizioni fissate nell'accordo quadro, o se l'accordo quadro contiene tutti i termini che disciplinano la prestazione dei lavori, dei servizi e delle forniture in questione nonché le condizioni oggettive per determinare quale degli operatori economici parti dell'accordo quadro effettuerà tale prestazione.

3. Quando l'avviso di aggiudicazione dell'appalto stilato a norma dell'articolo 111 o dell'articolo 127, comma 3, contiene le informazioni richieste al comma 1, le stazioni appaltanti possono fare riferimento a tale avviso.

4. Le stazioni appaltanti documentano lo svolgimento di tutte le procedure di aggiudicazione. Garantiscono la conservazione di una documentazione sufficiente a giustificare le decisioni adottate in tutte le fasi della procedura di appalto, quali la documentazione relativa alle comunicazioni con gli operatori economici e le deliberazioni interne, la preparazione dei documenti di gara, il dialogo o la negoziazione se previsti, la selezione e l'aggiudicazione dell'appalto. La documentazione è conservata per almeno cinque anni a partire dalla data di aggiudicazione dell'appalto, oppure, in caso di pendenza di una controversia, fino al passaggio in giudicato della relativa sentenza.

5. La relazione o i suoi principali elementi sono comunicati alla Cabina di regia di cui all'articolo 221 per la successiva comunicazione alla Commissione europea, alle autorità, agli organismi o alle strutture competenti, quando tale relazione è richiesta.

L'art. 112 riprende il contenuto dell'**art. 84 della direttiva 2014/24/UE** in linea con il D.Lgs. 50/2016.

Il **co. 1** disciplina il **contenuto della relazione** che la stazione appaltante deve redigere per ogni appalto o accordo quadro di importo pari o superiore alle soglie di cui all'art. 14, così come ogni volta in cui sia istituito un sistema dinamico di acquisizione.

Il **co. 2** prevede che la **relazione** prevista al co. 1 **non è richiesta** per gli appalti basati su accordi quadro conclusi con un solo operatore economico e aggiudicati entro i limiti delle condizioni fissate nell'accordo quadro o se l'accordo quadro contiene tutti i termini che disciplinano la prestazione dei lavori, dei servizi e delle forniture nonché le condizioni oggettive per determinare quale degli operatori economici parti dell'accordo quadro effettuerà tale prestazione.

Il **co. 3** dispone che, nel caso in cui l'avviso di aggiudicazione dell'appalto predisposto *ex* artt. 111 o art. 127, co. 3 del codice contenga già le informazioni richieste al comma 1, le stazioni appaltanti possono fare riferimento a tale avviso.

Il **co. 4** prevede che le stazioni appaltanti **documentano lo svolgimento di tutte le procedure di aggiudicazione**. Garantiscono la conservazione di una documentazione sufficiente a giustificare decisioni adottate in tutte le fasi della procedura di appalto, come la documentazione relativa alle comunicazioni con gli operatori economici e le deliberazioni interne, la preparazione dei documenti di gara, il dialogo o la negoziazione se previsti, la selezione e l'aggiudicazione dell'appalto. La documentazione è conservata per almeno cinque anni a partire dalla data di aggiudicazione

dell'appalto, ovvero, in caso di pendenza di una controversia, fino al passaggio in giudicato della relativa sentenza.

Il **co. 5** prevede che la relazione o i suoi principali elementi debbono essere **comunicati alla Cabina di regia** *ex art. 221* per la successiva comunicazione alla Commissione europea, alle autorità, agli organismi o alle strutture competenti, quando tale relazione è richiesta.

PARTE VI

DELL'ESECUZIONE

Art. 113 – Requisiti per l'esecuzione dell'appalto

- 1. Le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto europeo e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, innovazione e siano precisati nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando o nel capitolato d'onere. Dette condizioni possono attenersi, in particolare, a esigenze sociali e ambientali.*
- 2. In sede di offerta gli operatori economici dichiarano di accettare i requisiti particolari nell'ipotesi in cui risulteranno aggiudicatari.*

La disposizione riproduce l'art. 100 del previgente codice, che a sua volta trasponeva i principi *ex artt. 70 della direttiva 24/2014 e 87 della direttiva 25/2014*.

Art. 114 – Direzione dei lavori e dell'esecuzione dei contratti

- 1. L'esecuzione dei contratti aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture è diretta dal RUP, che controlla i livelli di qualità delle prestazioni. Il RUP, nella fase dell'esecuzione, si avvale del direttore dell'esecuzione del contratto o del direttore dei lavori, del coordinatore in materia di salute e di sicurezza durante l'esecuzione previsto dal decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, nonché del collaudatore oppure della commissione di collaudo o del verificatore della conformità e accerta il corretto ed effettivo svolgimento delle funzioni ad ognuno affidate.*
- 2. Per la direzione e il controllo dell'esecuzione dei contratti relativi a lavori le stazioni appaltanti nominano, prima dell'avvio della procedura per l'affidamento, su proposta del RUP, un direttore dei lavori che può essere coadiuvato, in relazione alla complessità dell'intervento, da un ufficio di direzione dei lavori, costituito da uno o più direttori operativi e da ispettori di cantiere, ed eventualmente dalle figure previste nell'allegato I.9.*

3. Il direttore dei lavori, con l'ufficio di direzione dei lavori, ove costituito, è preposto al controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione dell'intervento anche mediante metodi e strumenti di gestione informativa digitale di cui all'allegato I.9, se previsti, per eseguire i lavori a regola d'arte e in conformità al progetto e al contratto.
4. Nel caso di contratti di importo non superiore a 1 milione di euro e comunque in assenza di lavori complessi e di rischi di interferenze, il direttore dei lavori, se in possesso dei requisiti richiesti dalla normativa vigente sulla sicurezza, svolge anche le funzioni di coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione. Se il direttore dei lavori non può svolgere tali funzioni, la stazione appaltante designa almeno un direttore operativo in possesso dei requisiti, individuato con le modalità previste dal codice. In tal caso il coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione assume la responsabilità per le funzioni ad esso assegnate dalla normativa sulla sicurezza, operando in piena autonomia.
5. L'allegato II.14 stabilisce le attività e i compiti demandati al direttore dei lavori e agli assistenti con funzioni di direttori operativi e di ispettori di cantiere e, se presenti, delle figure di cui all'allegato I.9. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato II.14 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.
6. Salvo che non sia diversamente previsto nel bando di gara per la progettazione, le stazioni appaltanti che sono amministrazioni pubbliche affidano l'attività di direzione dei lavori ai propri dipendenti; in mancanza, la affidano ai dipendenti di centrali di committenza o di altre amministrazioni pubbliche, previo accordo ai sensi dell'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241 o intesa o convenzione di cui all'articolo 30 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. Qualora le amministrazioni di cui al primo periodo non dispongano delle competenze o del personale necessario ovvero nel caso di lavori complessi o che richiedano professionalità specifiche, ovvero qualora la stazione appaltante non sia una amministrazione pubblica, l'incarico è affidato con le modalità previste dal codice.
7. Per i contratti aventi ad oggetto servizi e forniture le funzioni e i compiti del direttore dell'esecuzione sono svolti, di norma, dal RUP, che provvede, anche con l'ausilio di uno o più direttori operativi individuati dalla stazione appaltante in relazione alla complessità dell'appalto, al coordinamento, alla direzione e al controllo tecnico contabile e amministrativo dell'esecuzione del contratto anche, qualora previsto, mediante metodi e strumenti di gestione informativa digitale di cui all'allegato I.9, assicurando la regolare esecuzione da parte dell'esecutore, in conformità ai documenti contrattuali.
8. L'allegato II.14 individua i contratti di servizi e forniture di particolare importanza, per qualità o importo delle prestazioni, per cui il direttore dell'esecuzione deve essere diverso dal RUP.
9. Qualora le stazioni appaltanti non dispongano al loro interno delle competenze o del personale necessario ad espletare l'attività di direzione dell'esecuzione, si applica il comma 6.
10. Per i contratti di servizi e forniture individuati ai sensi del comma 8, la stazione appaltante, su indicazione del direttore dell'esecuzione, sentito il RUP, può nominare uno o più assistenti con funzioni di direttore operativo per svolgere i compiti e coadiuvare il direttore dell'esecuzione secondo quanto previsto dall'allegato II.14.

Gli artt. 114-115-116 riordinano le previsioni già contenute negli artt. 101-102-111 D.Lgs. 50/2016, secondo i seguenti criteri:

- nell'**art. 114** (ex 101) si sono previste le **figure professionali necessarie per lo svolgimento dell'attività esecutiva** da parte delle stazioni appaltanti qualificate, limitando quindi la disposizione al profilo soggettivo;

- nell'**art. 115** (ex 111) si sono previste le **attività di direzione, controllo e contabilità**, sotto il profilo oggettivo;

- nell'**art. 116** (ex 102) si sono previste le **attività di collaudo e verifica di conformità**.

Il **co. 1** riproduce l'art. 101, co. 2 del previgente codice, riepilogando le figure professionali principali che **coadiuvano il RUP nella fase esecutiva**. E' stata precisata l'alternatività del verificatore della conformità rispetto al collaudatore e alla commissione di collaudo.

Il **co. 2** si riferisce alle **figure professionali ulteriori per gli appalti di lavori**, tra le quali quelle di nuova introduzione collegate alla gestione informativa digitale (previste nell'**Allegato I.9**).

I co. 3, 4 e 5 dell'ex art. 101 sono stati soppressi per le parti descrittive delle attività e dei compiti demandati rispettivamente al direttore dei lavori, al direttore operativo e all'ispettore di cantiere, che sono contenute nell'**Allegato II.14**.

Nel **co. 4** si è invece mantenuta la previsione delle **funzioni di coordinamento per la sicurezza in fase esecutiva**: ne è stata limitata l'attribuzione al direttore dei lavori soltanto nei lavori inferiori alla soglia di un milione di euro, dovendosi, per i lavori di maggiore entità (così come per il caso di lavori complessi e per il caso di rischi di interferenze), nominare un'apposita figura ai sensi dell'**art. 92, co. 1 D.Lgs. 81/2008**. In caso di nomina di un soggetto diverso dal direttore dei lavori quale coordinatore per la sicurezza in fase esecutiva (CSE), è stata prevista la sua autonomia sia nei confronti del direttore dei lavori sia nei confronti del RUP, come previsto dal D.Lgs. 81/2008.

Il **co. 6** corrisponde all'art. 111, co. 1, ultimo periodo D.lgs. 50/2016, ma la disposizione è stata modificata per coordinarla con le previsioni sulla qualificazione delle stazioni appaltanti che sono amministrazioni pubbliche.

Il **co. 7**, per i contratti di servizi e forniture, attribuisce al RUP le **funzioni di direzione dell'esecuzione** e specifica la possibilità della gestione informativa digitale.

Il **co. 8** demanda all'**Allegato II.14** l'individuazione di servizi e forniture **di particolare importanza** (per qualità o importo delle prestazioni) per i quali è necessaria la nomina di un direttore dell'esecuzione diverso dal RUP.

Il **co. 9** dispone l'applicazione del co. 6, qualora il direttore dell'esecuzione non possa essere individuato tra il personale delle stazioni appaltanti.

L'**Allegato II.14** assume come base il **d.m. 7 marzo 2018, n. 49**, a suo tempo adottato in attuazione dell'art. 111 D.Lgs. 50/2016, ma il contenuto di tale provvedimento è **ampliato** con ulteriori disposizioni intese a colmare le lacune di disciplina, a proposito di istituti fondamentali della fase di

esecuzione dell'appalto, quali la **consegna dei lavori**, le **varianti in corso d'opera**, la **sospensione dei lavori**, le **riserve**, il **recesso** e la **risoluzione** del contratto d'appalto, il **collaudo**.

Come ben evidenziato dalla **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato**, *“l'ulteriore disciplina in questione è stata elaborata tenendo conto dei regolamenti previgenti (in particolare, del d.P.R. n. 207/2010) nonché, in parte, delle soluzioni elaborate durante i lavori per la predisposizione del regolamento unico a suo tempo previsto dall'art. 216, comma 27-octies, del decreto legislativo n. 50/2016 (come introdotto dal d.l. n. 32/2019), il quale avrebbe dovuto occuparsi – per l'appunto – anche della fase di esecuzione dell'appalto, colmando le lacune riscontrate nella disciplina del codice del 2016”*.

Art. 115 – Controllo tecnico contabile e amministrativo

1. *Con l'allegato II.14 sono individuate le modalità con cui il direttore dei lavori effettua l'attività di direzione, controllo e contabilità dei lavori mediante le piattaforme digitali di cui all'articolo 25, in modo da garantirne trasparenza e semplificazione.*
2. *L'esecutore dei lavori si uniforma alle disposizioni e agli ordini di servizio del direttore dei lavori senza poterne sospendere o ritardare il regolare sviluppo. Le riserve sono iscritte con le modalità e nei termini previsti dall'allegato II.14, a pena di decadenza dal diritto di fare valere, in qualunque tempo e modo, pretese relative ai fatti e alle contabilizzazioni risultanti dall'atto contabile.*
3. *Nei contratti di servizi e forniture le modalità dell'attività di direzione, controllo e contabilità demandata al RUP o al direttore dell'esecuzione, se nominato, sono individuate con il capitolato speciale o, in mancanza, con l'allegato II.14, secondo criteri di trasparenza e semplificazione e prevedono l'uso delle piattaforme digitali di cui all'articolo 25.*
4. *Nei contratti di cui al comma 3 il capitolato speciale contiene anche la disciplina delle contestazioni in corso di esecuzione, fatta salva l'iscrizione delle riserve secondo quanto previsto al comma 2, secondo periodo.*
5. *Le piattaforme digitali di cui ai commi 1 e 3 garantiscono il collegamento con la Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 23, per l'invio delle informazioni richieste dall'ANAC ai sensi dell'articolo 222, comma 9.*

La disposizione corrisponde all'**art. 111 D.Lgs. 50/2016** con riguardo esclusivo all'attività di controllo tecnico contabile e amministrativo, visto e considerato che le figure professionali ed il collaudo o la verifica di conformità sono state soppresse ed in parte trasferite rispettivamente negli **artt. 114** e **116** del Codice.

I **co. 1-3**, rispettivamente per i lavori e per servizi/forniture, rinviano all'**Allegato II.14** per la descrizione delle attività di controllo, ma entrambi contengono la novità della necessaria utilizzazione delle piattaforme digitali. A queste ultime si riferisce anche il **co. 5**, per il collegamento con la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, la cui previsione è stata introdotta nel codice previgente dalla L. n. 108/2021.

I **co. 2-4** introducono la previsione sull'iscrizione delle "riserve" dell'appaltatore a contenuto economico, rinviando per modalità e termini all'Allegato II.14.

La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** spiega la ratio in questi termini: *"Va sottolineato che l'esigenza di tale previsione si è posta perché, mentre l'[art. 121](#) sulle sospensioni tratta le riserve concernenti queste ultime, le altre riserve a contenuto economico, allo stato non disciplinate dal decreto legislativo n. 50 del 2016, trovano la loro migliore collocazione nella norma del codice sulla contabilità dei lavori e delle prestazioni. Avendo inteso ribadire la sanzione della decadenza dai diritti a contenuto patrimoniale dell'esecutore, come conseguenza della mancata iscrizione o esplicitazione delle riserve, si è preferito inserirne la previsione (anche in coerenza con quanto previsto per le riserve relative alle sospensioni) nella normativa primaria, rinviando all'allegato II.14 per la disciplina di modalità e termini. La scelta si pone in controtendenza rispetto alle attuali norme del d.m. n. 49 del 2018, che rimettono tale disciplina ai documenti di gara e/o ai singoli contratti. Essa è però opportuna poiché la materia necessita di regolamentazione uniforme, in considerazione dell'ampiezza del contenzioso dinanzi al giudice ordinario e dei compiti di nomofilachia da riservare alla Corte di Cassazione".*

Art. 116 – Collaudo e verifica di conformità

1. I contratti sono soggetti a collaudo per i lavori e a verifica di conformità per i servizi e per le forniture per certificare il rispetto delle caratteristiche tecniche, economiche e qualitative dei lavori e delle prestazioni, nonché degli obiettivi e dei tempi, in conformità delle previsioni e pattuizioni contrattuali.
2. Il collaudo finale o la verifica di conformità deve essere completato non oltre sei mesi dall'ultimazione dei lavori o delle prestazioni, salvi i casi, individuati dall'allegato II.14, di particolare complessità, per i quali il termine può essere elevato sino ad un anno. Nella lettera d'incarico, in presenza di opere o servizi di limitata complessità, i tempi possono essere ridotti. Il certificato di collaudo ha carattere provvisorio e assume carattere definitivo dopo due anni dalla sua emissione. Decorso tale termine, il collaudo si intende tacitamente approvato ancorché l'atto formale di approvazione non sia stato emesso entro due mesi dalla scadenza del medesimo termine.
3. Salvo quanto disposto dall'articolo 1669 del codice civile, l'appaltatore risponde per la difformità e i vizi dell'opera, ancorché riconoscibili, purché denunciati dalla stazione appaltante prima che il certificato di collaudo assuma carattere definitivo.
4. Per effettuare le attività di collaudo dei lavori le stazioni appaltanti che sono amministrazioni pubbliche nominano da uno a tre collaudatori scelti tra i propri dipendenti o tra i dipendenti di altre amministrazioni pubbliche, con qualificazione rapportata alla tipologia e caratteristica del contratto, in possesso dei requisiti di moralità, competenza e professionalità. I collaudatori dipendenti della stessa amministrazione appartengono a strutture funzionalmente indipendenti. Il compenso spettante per l'attività di collaudo è contenuto per i dipendenti della stessa amministrazione nell'ambito dell'incentivo di cui all'[articolo 45](#), mentre per i dipendenti di altre amministrazioni pubbliche è determinato ai sensi della normativa applicabile alle stazioni appaltanti e nel rispetto delle disposizioni di cui all'articolo 61, comma 9, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112,

convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133. Tra i dipendenti della stazione appaltante oppure tra i dipendenti delle altre amministrazioni è individuato anche il collaudatore delle strutture per la redazione del collaudo statico. Per accertata carenza nell'organico della stazione appaltante, oppure di altre amministrazioni pubbliche, o nei casi di particolare complessità tecnica, la stazione appaltante affida l'incarico con le modalità previste dal codice.

5. Per i contratti di servizi e forniture la verifica di conformità è effettuata dal RUP o, se nominato, dal direttore dell'esecuzione. Per servizi e forniture caratterizzati da elevato contenuto tecnologico oppure da elevata complessità o innovazione, le stazioni appaltanti possono prevedere la nomina di uno o più verificatori della conformità diversi dal RUP o dal direttore dell'esecuzione del contratto. Per la nomina e il compenso dei verificatori si applica il comma 4.

6. Non possono essere affidati incarichi di collaudo e di verifica di conformità:

- a) ai magistrati ordinari, amministrativi e contabili, e agli avvocati e procuratori dello Stato, in attività di servizio e, per appalti di lavori pubblici di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea, a quelli in quiescenza nella regione o nelle regioni dove è stata svolta l'attività di servizio;
- b) ai dipendenti appartenenti ai ruoli della pubblica amministrazione in servizio oppure in trattamento di quiescenza, per appalti di lavori pubblici di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea ubicati nella regione o nelle regioni dove è svolta per i dipendenti in servizio oppure è stata svolta per quelli in quiescenza, l'attività di servizio;
- c) a coloro che nel triennio antecedente hanno avuto rapporti di lavoro autonomo o subordinato con gli operatori economici a qualsiasi titolo coinvolti nell'esecuzione del contratto;
- d) a coloro che hanno comunque svolto o svolgono attività di controllo, verifica, progettazione, approvazione, autorizzazione, vigilanza o direzione sul contratto da collaudare;
- e) a coloro che hanno partecipato alla procedura di gara.

7. Le modalità tecniche e i tempi di svolgimento del collaudo, nonché i casi in cui il certificato di collaudo dei lavori e il certificato di verifica di conformità possono essere sostituiti dal certificato di regolare esecuzione, sono disciplinati dall'allegato II.14.

8. Le modalità tecniche e i tempi della verifica di conformità sono stabiliti dalla stazione appaltante nel capitolato. La cadenza delle verifiche può non coincidere con il pagamento periodico delle prestazioni in modo tale da non ostacolare il regolare pagamento in favore degli operatori economici.

9. Salvo motivate esigenze, le attività di verifica di conformità sono svolte durante l'esecuzione dei contratti a prestazioni periodiche o continuative.

10. Al termine del lavoro sono redatti:

- a) per i beni del patrimonio culturale, un consuntivo scientifico predisposto dal direttore dei lavori o, nel caso di interventi su beni culturali mobili, superfici decorate di beni architettonici e materiali storicizzati di beni immobili di interesse storico artistico, da restauratori di beni culturali ovvero, nel caso di interventi archeologici, da archeologi qualificati, ai sensi della normativa vigente, quale ultima fase del processo della conoscenza e del restauro e quale premessa per il futuro programma di intervento sul bene; i costi per la elaborazione del consuntivo scientifico sono previsti nel quadro economico dell'intervento;
- b) l'aggiornamento del piano di manutenzione e della eventuale modellazione informativa dell'opera realizzata di cui all'articolo 43 per la successiva gestione del ciclo di vita;
- c) dai professionisti afferenti alle rispettive competenze, una relazione tecnico-scientifica, con l'esplicitazione dei risultati culturali e scientifici raggiunti.

11. Gli accertamenti di laboratorio e le verifiche tecniche obbligatorie inerenti alle attività di cui al presente articolo e alle attività di cui all'allegato II.14 oppure specificamente previsti dal capitolato speciale d'appalto di lavori, sono disposti dalla direzione dei lavori o dall'organo di collaudo o di verifica di conformità, imputando la spesa a carico delle somme a disposizione accantonate a tale titolo nel quadro economico. Tali spese non sono soggette a ribasso. I criteri per la determinazione dei costi sono individuati dall'allegato II.15. In sede di prima applicazione l'allegato II.15 è abrogato e sostituito da un corrispondente decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, adottato su proposta del Consiglio superiore dei lavori pubblici, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

Si riproduce l'art. 102 D.Lgs. 50/2016, di cui è stato **soppresso il co. 1** perché estraneo alla materia del collaudo e della verifica di conformità.

Nel **co. 1** è stato **aggiunto**, rispetto al previgente codice, **il riferimento alla "tempistica"** dell'esecuzione ed è stato inoltre soppresso ogni riferimento ai contratti sotto soglia perché la relativa disciplina è contenuta nella parte dedicata a questi ultimi.

Il **co. 2** conferma i **tempi di completamento del collaudo e della verifica di conformità** già previsti dall'art. 102, comma 3 D.Lgs. 50/2016, consentendo alle stazioni appaltanti di ridurli in presenza di opere o di servizi di limitata complessità.

Il **co. 4**, per garantire l'imparzialità delle operazioni di collaudo, rimette alla stazione appaltante la **nomina dei collaudatori interni** i quali devono appartenere a "strutture funzionalmente indipendenti". Come evidenziato dalla **Relazione illustrativa del Consiglio di Stato**, "La previsione è richiamata, per servizi e forniture, dal comma 5, ultimo periodo. Quest'ultima disposizione demanda la verifica di conformità al RUP ovvero al direttore dell'esecuzione, se nominato, invertendo il rapporto regola/eccezione dell'attuale art. 111, comma 1, secondo periodo. Tuttavia è fatta salva la possibilità per le stazioni appaltanti di nominare uno o più verificatori di conformità nelle fattispecie previste dal secondo periodo del comma 5 come proposto".

Il **co. 6** disciplina le **incompatibilità**, in adesione all'art. 102, co. 7 D.Lgs. 50/2016.

I **co. 8 e 9** rinviano al capitolato per la disciplina della tempistica e delle modalità tecniche della **verifica di conformità**.

La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** ritiene opportuno evidenziare "come l'adottanda disciplina regolamentare su collaudo ed, eventualmente, verifica di conformità potrà essere introdotta anche mediante modifica dell'allegato II.15 previsto dall'art. 114, destinato a dare attuazione alla disciplina del codice sull'intera fase esecutiva".

Al **co. 10** si è aggiunto il riferimento all'**eventuale modellazione informativa** dell'opera realizzata di cui all'art. 43 del codice.

Si è introdotto un **co. 11**, che riproduce il co. 1-bis già aggiunto all'art. 111 del previgente codice sugli **accertamenti di laboratorio** e le **verifiche tecniche obbligatorie**. Di recente, sono stati definitivi dal

d.m. 1 luglio 2022 i criteri per la determinazione dei relativi costi, poi riprodotti ed inseriti come allegato al Codice (Allegato II.15).

Art. 117 – Garanzie definitive

1. Per la sottoscrizione del contratto l'appaltatore costituisce una garanzia, denominata «garanzia definitiva», a sua scelta sotto forma di cauzione o fideiussione con le modalità previste dall'articolo 106, pari al 10 per cento dell'importo contrattuale; tale obbligo è indicato negli atti e documenti di gara. Nel caso di procedure realizzate in forma aggregata da centrali di committenza, l'importo della garanzia è indicato nella misura massima del 10 per cento dell'importo contrattuale. Nel caso di procedure aventi ad oggetto accordi quadro di cui all'articolo 59, l'importo della garanzia per tutti gli operatori economici aggiudicatari è indicato nella misura massima del 2 per cento dell'importo dell'accordo quadro; l'importo della garanzia per i contratti attuativi può essere fissato nella documentazione di gara dell'accordo quadro in misura anche inferiore al 10 per cento del valore dei contratti stessi con l'indicazione delle modalità di calcolo della maggiorazione prevista dal comma 2.

2. Per salvaguardare l'interesse pubblico alla conclusione del contratto nei termini e nei modi programmati in caso di aggiudicazione con ribassi superiori al 10 per cento, la garanzia è aumentata di tanti punti percentuali quanti sono quelli eccedenti il 10 per cento. Se il ribasso è superiore al 20 per cento, l'aumento è di due punti percentuali per ogni punto di ribasso superiore al 20 per cento. Nel caso di accordi quadro con più operatori che prevedono una riapertura del rilancio, la maggiorazione di cui al presente periodo è stabilita dalla stazione appaltante nella documentazione di gara dell'accordo quadro.

3. La garanzia è prestata per l'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e per il risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse, nonché per il rimborso delle somme pagate in più all'esecutore rispetto alle risultanze della liquidazione finale, salva comunque la risarcibilità del maggior danno verso l'appaltatore. La garanzia cessa di avere effetto solo alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione e secondo le modalità previste dal comma 8. La stazione appaltante può richiedere all'aggiudicatario la reintegrazione della garanzia ove questa sia venuta meno in tutto o in parte; in caso di inottemperanza, la reintegrazione si effettua a valere sui ratei di prezzo da corrispondere. Alla garanzia definitiva si applicano le riduzioni previste dall'articolo 106, comma 8, per la garanzia provvisoria.

4. Negli appalti di lavori l'appaltatore può richiedere prima della stipulazione del contratto di sostituire la garanzia definitiva con l'applicazione di una ritenuta a valere sugli stati di avanzamento pari al 10 per cento degli stessi, ferme restando la garanzia fideiussoria costituita per l'erogazione dell'anticipazione e la garanzia da costituire per il pagamento della rata di saldo, ai sensi del comma 9. Per motivate ragioni di rischio dovute a particolari caratteristiche dell'appalto o a specifiche situazioni soggettive dell'esecutore dei lavori, la stazione appaltante può opporsi alla sostituzione della garanzia. Le ritenute sono svincolate dalla stazione appaltante all'emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione o comunque non oltre dodici mesi dopo la data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato.

5. Le stazioni appaltanti hanno il diritto di valersi della garanzia, nei limiti dell'importo massimo garantito, per l'eventuale maggiore spesa sostenuta per il completamento dei lavori, servizi o forniture nel caso di risoluzione del contratto disposta in danno dell'esecutore. Possono altresì incamerare la garanzia per il

pagamento di quanto dovuto dall'esecutore per le inadempienze derivanti dalla inosservanza di norme e prescrizioni dei contratti collettivi, delle leggi e dei regolamenti sulla tutela, protezione, assicurazione, assistenza e sicurezza fisica dei lavoratori addetti all'esecuzione dell'appalto.

6. Fatto salvo quanto previsto dal comma 4, la mancata costituzione della garanzia di cui al comma 1 determina la decadenza dell'affidamento e l'acquisizione della garanzia provvisoria presentata in sede di offerta da parte della stazione appaltante, che aggiudica l'appalto al concorrente che segue nella graduatoria.

7. La garanzia fideiussoria di cui al comma 1 può essere rilasciata dai soggetti di cui all'[articolo 106, comma 3](#), con le modalità previste dal secondo periodo dello stesso comma. La garanzia prevede espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, secondo comma, del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante.

8. La garanzia di cui al comma 1 è progressivamente svincolata a misura dell'avanzamento dell'esecuzione, nel limite massimo dell'80 per cento dell'iniziale importo garantito. L'ammontare residuo della garanzia definitiva permane fino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione, o comunque fino a dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato. Lo svincolo è automatico, senza necessità di nulla osta del committente, con la sola condizione della preventiva consegna all'istituto garante, da parte dell'appaltatore, degli stati di avanzamento dei lavori o di analogo documento, in originale o in copia autentica, attestanti l'avvenuta esecuzione. Tale automatismo si applica anche agli appalti di forniture e servizi. Sono nulle le pattuizioni contrarie o in deroga. Il mancato svincolo nei quindici giorni dalla consegna degli stati di avanzamento o della documentazione analoga costituisce inadempimento del garante nei confronti dell'impresa per la quale la garanzia è prestata.

9. Il pagamento della rata di saldo è subordinato alla costituzione di una cauzione o di una garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa pari all'importo della medesima rata di saldo maggiorato del tasso di interesse legale applicato per il periodo intercorrente tra la data di emissione del certificato di collaudo o della verifica di conformità nel caso di appalti di servizi o forniture e l'assunzione del carattere di definitività dei medesimi.

10. L'esecutore dei lavori costituisce e consegna alla stazione appaltante almeno dieci giorni prima della consegna dei lavori anche una polizza di assicurazione che copra i danni subiti dalle stazioni appaltanti a causa del danneggiamento o della distruzione totale o parziale di impianti ed opere, anche preesistenti, verificatisi nel corso dell'esecuzione dei lavori. Nei documenti e negli atti a base di gara o di affidamento è stabilito l'importo della somma da assicurare che, di norma, corrisponde all'importo del contratto stesso qualora non sussistano motivate particolari circostanze che impongano un importo da assicurare superiore. La polizza del presente comma assicura la stazione appaltante contro la responsabilità civile per danni causati a terzi nel corso dell'esecuzione dei lavori il cui massimale è pari al 5 per cento della somma assicurata per le opere con un minimo di 500.000 euro ed un massimo di 5.000.000 di euro. La copertura assicurativa decorre dalla data di consegna dei lavori e cessa alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione o comunque decorsi dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato. Qualora sia previsto un periodo di garanzia, la polizza assicurativa è sostituita da una polizza che tenga indenni le stazioni appaltanti da tutti i rischi connessi all'utilizzo delle lavorazioni in garanzia o agli interventi per la loro eventuale sostituzione o rifacimento. L'omesso o il ritardato pagamento delle somme dovute a titolo di premio o di commissione da parte dell'esecutore non comporta l'inefficacia della garanzia nei confronti della stazione appaltante.

11. Per i lavori di importo superiore al doppio della soglia di cui all'articolo 14, il titolare del contratto per la liquidazione della rata di saldo stipula, con decorrenza dalla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione o comunque decorsi dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato, una polizza indennitaria decennale a copertura dei rischi di rovina totale o parziale dell'opera, ovvero dei rischi derivanti da gravi difetti costruttivi. La polizza contiene la previsione del pagamento dell'indennizzo contrattualmente dovuto in favore del committente non appena questi lo richieda, anche in pendenza dell'accertamento della responsabilità e senza che occorranza consensi ed autorizzazioni di qualunque specie. Il limite di indennizzo della polizza decennale è non inferiore al 20 per cento del valore dell'opera realizzata e non superiore al 40 per cento, nel rispetto del principio di proporzionalità avuto riguardo alla natura dell'opera. L'esecutore dei lavori stipula altresì per i lavori di cui al presente comma una polizza di assicurazione della responsabilità civile per danni cagionati a terzi, con decorrenza dalla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione e per la durata di dieci anni e con un indennizzo pari al 5 per cento del valore dell'opera realizzata con un minimo di 500.000 euro ed un massimo di 5.000.000 di euro.

12. Le garanzie fideiussorie e le polizze assicurative previste dal codice sono conformi agli schemi tipo approvati con decreto del Ministro delle imprese e del made in Italy di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e con il Ministro dell'economia e delle finanze. Le garanzie fideiussorie prevedono la rivalsa verso il contraente e il diritto di regresso verso la stazione appaltante per l'eventuale indebito arricchimento e possono essere rilasciate congiuntamente da più garanti. I garanti designano un mandatario o un delegatario per i rapporti con la stazione appaltante.

13. In caso di raggruppamenti temporanei le garanzie fideiussorie e le garanzie assicurative sono presentate, su mandato irrevocabile, dalla mandataria in nome e per conto di tutti i concorrenti, ferma restando la responsabilità solidale tra le imprese.

14. Per gli appalti da eseguirsi da operatori economici di comprovata solidità nonché per le forniture di beni che per la loro natura, o per l'uso speciale cui sono destinati, debbano essere acquistati nel luogo di produzione o forniti direttamente dai produttori, o per le forniture di prodotti d'arte, macchinari, strumenti e lavori di precisione l'esecuzione dei quali deve essere affidata a operatori specializzati, l'esonero dalla prestazione della garanzia è possibile previa adeguata motivazione ed è subordinato ad un miglioramento del prezzo di aggiudicazione ovvero delle condizioni di esecuzione.

È qui attuato il criterio ex art. 1, co. 1, lett. cc) della legge delega 78/2022, che richiede la revisione del sistema delle garanzie fideiussorie per la partecipazione e l'esecuzione dei contratti pubblici "prevedendo, in relazione alle garanzie dell'esecuzione dei contratti, la possibilità di sostituire le stesse mediante l'effettuazione di una ritenuta di garanzia proporzionata all'importo del contratto in occasione del pagamento di ciascuno stato di avanzamento dei lavori".

A tal fine si è inserito il **co. 4**, disciplinante la **facoltà** per l'appaltatore di richiedere, prima della conclusione del contratto, la **sostituzione** della cauzione o della garanzia fideiussoria **con ritenute di garanzia sugli stati di avanzamento**.

La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** spiega la *ratio* della modifica in questi termini: "Nel pieno rispetto del criterio della delega, onde contemperare le esigenze di risparmio dei costi da parte delle

imprese con quelle di garanzia delle stazioni appaltanti, si è ritenuto di mantenere la garanzia fideiussoria per l'erogazione dell'anticipazione e quella per il pagamento della rata di saldo. Lo svincolo delle ritenute di garanzia sugli stati di avanzamento è stato disciplinato analogamente a quanto previsto per le altre modalità di prestazione della garanzia, cioè riferito all'emissione del certificato di collaudo provvisorio, con la previsione, a tutela dell'appaltatore, dello svincolo da attuarsi comunque nel termine di dodici mesi dal certificato di ultimazione dei lavori".

Il **co. 7** rinvia, quanto alle modalità della prestazione della garanzia fideiussoria, all'**art. 106**, che disciplina la garanzia per partecipare alla gara: agli appaltatori che optano per la prestazione di garanzia fideiussoria è così imposta, anche per la fase esecutiva, la stipulazione di **polizze c.d. "native digitali"**, emesse e sottoscritte digitalmente e gestite da apposite piattaforme.

Nel **co. 1** è stata introdotta la **garanzia per gli accordi-quadro**, indicata nella misura massima del 2% dell'importo dell'accordo quadro.

Nel **co. 12** sono state inserite la previsione – già contemplata dall'art. 104, ultimo comma D.Lgs. 50/2016 – del **contenuto** delle polizze fideiussorie esteso alla rivalsa verso il contraente e al diritto di regresso verso la stazione appaltante, nonché quella della nomina di un mandatario o delegatario del garante.

Il **co. 14** disciplina **l'esonero dalla garanzia in casi particolari**: è stato eliminato il riferimento ai contratti sotto soglia comunitaria, visto e considerato che la relativa disciplina è stata inserita nella parte dedicata a questi ultimi.

Si è invece aggiunto un ultimo inciso volto a favorire il ricorso all'esonero dalla prestazione della garanzia: laddove il miglioramento economico sia difficilmente praticabile, la stazione appaltante può subordinare l'esonero al **miglioramento delle condizioni di esecuzione**.

Art. 118 – Garanzie per l'esecuzione di lavori di particolare valore

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

2. Nel caso di affidamento dei lavori ad un nuovo soggetto, anche quest'ultimo presenta le garanzie previste al comma 1.

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

incrementi per ribassi di cui all'articolo 117, comma 1; permane fino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione, o comunque fino a dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato.

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

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

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

7. Le garanzie di cui al presente articolo prevedono espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale e la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, secondo comma, del codice civile.

8. Nel caso di escussione il pagamento è effettuato entro trenta giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante; la richiesta reca l'indicazione del titolo per cui la stazione appaltante richiede l'escussione.

9. Gli schemi di polizza-tipo concernenti le garanzie fideiussorie del comma 1 sono adottati con le modalità di cui all'articolo 117, comma 12. Si applicano inoltre i periodi secondo e terzo dello stesso comma.

La disposizione si rifà a quanto previsto dall'art. 104 D.Lgs. 50/2016, non interessato dalla delega e sulla cui riproposizione non risultano indicazioni contrarie.

Sulla possibilità di introdurre la cd. "garanzia di subentro", sul modello del c.d. "performance bond" statunitense, la **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** ha evidenziato che "tuttavia, è nota l'esperienza negativa dell'analoga garanzia, prevista dal decreto legislativo n. 163 del 2006, limitata alle c.d. grandi opere e divenuta concretamente operativa solo a partire dal 1° luglio 2014, che è poi stata rapidamente abbandonata avendo prodotto un blocco degli appalti dove avrebbe dovuto essere applicata, stante l'impossibilità per le imprese di reperire il tipo di garanzie richieste dalla norma. In ragione di tale fallimento e delle sue cause, nonché della mancanza di delega al riguardo, si è ritenuto di non intervenire proponendo l'introduzione di una nuova tipologia di garanzia".

Art. 119 – Subappalto

1. I soggetti affidatari dei contratti eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi e le forniture compresi nel contratto. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 120, comma 1, lettera d), la cessione del contratto è nulla. È

altresì nullo l'accordo con cui a terzi sia affidata l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni appaltate, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla categoria prevalente e dei contratti ad alta intensità di manodopera. È ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo.

2. Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, con organizzazione di mezzi e rischi a carico del subappaltatore. Costituisce, comunque, subappalto di lavori qualsiasi contratto stipulato dall'appaltatore con terzi avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare. Nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3, previa adeguata motivazione nella decisione di contrarre, le stazioni appaltanti, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui all'articolo 104, comma 11, in ragione dell'esigenza di rafforzare, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali. Si prescinde da tale ultima valutazione quando i subappaltatori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n.190, oppure nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229. L'affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati. Sono, altresì, comunicate alla stazione appaltante eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del sub-contratto. È altresì fatto obbligo di acquisire autorizzazione integrativa qualora l'oggetto del subappalto subisca variazioni e l'importo dello stesso sia incrementato.

3. Non si configurano come attività affidate in subappalto, per la loro specificità, le seguenti categorie di forniture o servizi:

- a) l'affidamento di attività secondarie, accessorie o sussidiarie a lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante;
- b) la subfornitura a catalogo di prodotti informatici;
- c) l'affidamento di servizi di importo inferiore a 20.000 euro annui a imprenditori agricoli nei comuni classificati totalmente montani di cui all'elenco dei comuni italiani predisposto dall'ISTAT, oppure ricompresi nella circolare del Ministero delle finanze n. 9 del 14 giugno 1993, pubblicata nel supplemento ordinario n. 53 alla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 141 del 18 giugno 1993, nonché nei comuni delle isole minori di cui all'allegato A annesso alla legge 28 dicembre 2001, n. 448;
- d) le prestazioni secondarie, accessorie o sussidiarie rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono trasmessi alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto.

4. I soggetti affidatari dei contratti di cui al codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante a condizione che:

- a) il subappaltatore sia qualificato per le lavorazioni o le prestazioni da eseguire;
- b) non sussistano a suo carico le cause di esclusione di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del presente Libro;
- c) all'atto dell'offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare.
5. L'affidatario trasmette il contratto di subappalto alla stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni. Contestualmente trasmette la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza delle cause di esclusione di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del presente Libro e il possesso dei requisiti di cui agli articoli 100 e 103. La stazione appaltante verifica la dichiarazione tramite la Banca dati nazionale di cui all'articolo 23. Il contratto di subappalto, corredato della documentazione tecnica, amministrativa e grafica direttamente derivata dagli atti del contratto affidato, indica puntualmente l'ambito operativo del subappalto sia in termini prestazionali che economici.
6. Il contraente principale e il subappaltatore sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante per le prestazioni oggetto del contratto di subappalto. L'aggiudicatario è responsabile in solido con il subappaltatore per gli obblighi retributivi e contributivi, ai sensi dell'articolo 29 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. Nelle ipotesi di cui al comma 11, lettere a) e c), l'appaltatore è liberato dalla responsabilità solidale di cui al secondo periodo del presente comma.
7. L'affidatario è tenuto ad osservare il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni secondo quanto previsto all'articolo 11. È, altresì, responsabile in solido dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto nel rispetto di quanto previsto dal comma 12. L'affidatario e, per suo tramite, i subappaltatori, trasmettono alla stazione appaltante prima dell'inizio dei lavori la documentazione di avvenuta denuncia agli enti previdenziali, inclusa la Cassa edile, assicurativi e antinfortunistici, nonché copia del piano di cui al comma 15. Per il pagamento delle prestazioni rese nell'ambito dell'appalto o del subappalto, la stazione appaltante acquisisce d'ufficio il documento unico di regolarità contributiva in corso di validità relativo all'affidatario e a tutti i subappaltatori.
8. Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, in caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale dipendente o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi, nonché in caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarità contributiva, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 11, comma 5.
9. Nel caso di formale contestazione delle richieste di cui al comma 8, il RUP o il responsabile della fase dell'esecuzione, ove nominato, inoltra le richieste e le contestazioni alla direzione provinciale del lavoro per i necessari accertamenti.
10. L'affidatario sostituisce, previa autorizzazione della stazione appaltante, i subappaltatori relativamente ai quali, all'esito di apposita verifica, sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del presente Libro.
11. La stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore ed ai titolari di sub-contratti non costituenti subappalto ai sensi del quinto periodo del comma 2 l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite nei seguenti casi:
- a) quando il subcontraente è una microimpresa o piccola impresa;
- b) in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore;
- c) su richiesta del subcontraente e se la natura del contratto lo consente.

12. Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale. Il subappaltatore è tenuto ad applicare i medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro del contraente principale, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto oppure riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale. L'affidatario corrisponde i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso; la stazione appaltante, sentito il direttore dei lavori, il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione oppure il direttore dell'esecuzione, provvede alla verifica dell'effettiva applicazione della presente disposizione. L'affidatario è solidalmente responsabile con il subappaltatore degli adempimenti, da parte di quest'ultimo, degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente.
13. Per i lavori, nei cartelli esposti all'esterno del cantiere devono essere indicati anche i nominativi di tutte le imprese subappaltatrici.
14. Per contrastare il fenomeno del lavoro sommerso irregolare il documento unico di regolarità contributiva è comprensivo della verifica della congruità della incidenza della mano d'opera relativa allo specifico contratto affidato. Tale congruità, per i lavori edili, è verificata dalla Cassa edile in base all'accordo assunto a livello nazionale tra le parti sociali firmatarie del contratto collettivo nazionale comparativamente più rappresentative per l'ambito del settore edile ed il Ministero del lavoro e delle politiche sociali; per i lavori non edili è verificata in comparazione con lo specifico contratto collettivo applicato.
15. I piani di sicurezza di cui al decreto legislativo del 9 aprile 2008, n. 81 sono messi a disposizione delle autorità competenti preposte alle verifiche ispettive di controllo dei cantieri. L'affidatario è tenuto a curare il coordinamento di tutti i subappaltatori operanti nel cantiere per rendere gli specifici piani redatti dai singoli subappaltatori compatibili tra loro e coerenti con il piano presentato dall'affidatario. Nell'ipotesi di raggruppamento temporaneo o di consorzio, l'obbligo incombe al mandatarario. Il direttore tecnico di cantiere è responsabile del rispetto del piano da parte di tutte le imprese impegnate nell'esecuzione dei lavori.
16. L'affidatario che si avvale del subappalto o del cottimo deve allegare alla copia autentica del contratto la dichiarazione circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento a norma dell'articolo 2359 del codice civile con il titolare del subappalto o del cottimo. Analoga dichiarazione deve essere effettuata da ciascuno dei soggetti partecipanti nel caso di raggruppamento temporaneo, società o consorzio. La stazione appaltante rilascia l'autorizzazione di cui al comma 4 entro trenta giorni dalla relativa richiesta; tale termine può essere prorogato una sola volta, quando ricorrano giustificati motivi. Trascorso tale termine senza che si sia provveduto, l'autorizzazione si intende concessa. Per i subappalti o cottimi di importo inferiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo inferiore a 100.000 euro, i termini per il rilascio dell'autorizzazione da parte della stazione appaltante sono ridotti della metà.
17. Le stazioni appaltanti indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto che, pur subappaltabili, non possono formare oggetto di ulteriore subappalto, in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto e dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori oppure di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali. Si prescinde da tale ultima valutazione quando i subappaltatori ulteriori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita

dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229.

18. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche ai raggruppamenti temporanei e alle società anche consortili, quando le imprese riunite o consorziate non intendono eseguire direttamente le prestazioni scorporabili; si applicano altresì agli affidamenti con procedura negoziata. Ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente articolo è consentita, in deroga all'articolo 68, comma 15, la costituzione dell'associazione in partecipazione quando l'associante non intende eseguire direttamente le prestazioni assunte in appalto.

19. È fatta salva la facoltà per le regioni a statuto speciale e per le province autonome di Trento e di Bolzano, sulla base dei rispettivi statuti e delle relative norme di attuazione e nel rispetto della normativa europea vigente e dei principi dell'ordinamento europeo, di disciplinare ulteriori casi di pagamento diretto dei subappaltatori.

20. Le stazioni appaltanti rilasciano i certificati necessari per la partecipazione e la qualificazione all'appaltatore, scomputando dall'intero valore dell'appalto il valore e la categoria di quanto eseguito attraverso il subappalto. I subappaltatori possono richiedere alle stazioni appaltanti i certificati relativi alle prestazioni oggetto di appalto eseguite.

La disposizione ripropone quanto già previsto dall'**art. 105 D.Lgs. 50/2016** come modificato dall'art. 49 D.L. 77/2021, conv. in l. 108/2021 e dall'art. 10 l. n. 231/2021, in particolare quanto alla soppressione dei limiti quantitativi al subappalto ed al rispetto da parte del subappaltatore dell'obbligo di indicare una terna di nominativi di sub-appaltatori in fase di aggiudicazione e di offerta.

Sono state mantenute, in coordinamento con l'art. 11 del codice sull'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali, le **tutele economiche e normative dei lavoratori dipendenti dal subappaltatore** e la **responsabilità solidale dell'affidatario** con il subappaltatore in merito agli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente.

Il **co. 1** prevede che la **nullità riguardi il contratto di cessione e gli accordi in deroga ai limiti normativi del subappalto**, laddove l'art. 105, co. 1 riferiva la nullità al contratto ceduto.

Inoltre si è riferito il limite al subappalto alla prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla "**categoria prevalente**" piuttosto che al "**complesso delle categorie prevalenti**" per collegare la previsione all'attuale sistema di qualificazione degli operatori economici, che prevede che la categoria prevalente sia unica.

Al **co. 3** sono state apportate modifiche alle previsioni delle lettere a) e c-bis) dell'art. 105 del previgente codice al fine di adeguare la norma alla giurisprudenza in tema di prestazioni demandabili ai lavoratori autonomi e prestazioni esenti dalla disciplina del subappalto perché oggetto di rapporti esistenti prima dell'indizione della procedura di gara, limitando, in entrambi i casi, il riferimento **alle prestazioni "secondarie, accessorie o sussidiarie"**, secondo le indicazioni giurisprudenziali.

La **principale novità** riguarda il c.d. "**subappalto a cascata**" e si adegua ai rilievi da ultimo formulati dalla Corte di Giustizia e dalla Commissione UE: dalla lettera di costituzione in mora del 6/4/2022,

nell'ambito della procedura di infrazione a carico dell'Italia n. 2018/2273 si desume che già nella lettera di costituzione in mora del 24/1/2019 la Commissione rilevava, al riguardo, che dalle disposizioni ivi richiamate delle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE “nonché dall'obbligo di rispettare i principi di proporzionalità e parità di trattamento di cui all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE, all'articolo 36, paragrafo 1, della direttiva 2014/25/UE e all'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2014/23/UE, risulta che gli Stati membri non possono imporre ai subappaltatori un divieto generale e universale di fare a loro volta ricorso ad altri subappaltatori.

Questa conclusione è ulteriormente confermata dal fatto che, come spiegato nella sezione 1.3.A della presente lettera, le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE non recano disposizioni che consentano di imporre un limite obbligatorio all'importo dei contratti pubblici che può essere subappaltato.

Orbene, l'articolo 105, comma 19, del decreto legislativo 50/2016 vieta in modo generale e universale che le prestazioni subappaltate possano essere oggetto di ulteriore subappalto [...] Pertanto la Commissione conclude che l'articolo 105, comma 19, del decreto legislativo 50/2016 viola sia le disposizioni delle direttive menzionate nella sezione 1.3.A della presente lettera, sia le seguenti disposizioni: l'articolo 18, paragrafo 1, e l'articolo 71, paragrafo 5, quinto comma, 171 della direttiva 2014/24/UE; l'articolo 36, paragrafo 1, e l'articolo 88, paragrafo 5, quinto comma, della direttiva 2014/25/UE; l'articolo 3, paragrafo 1, e l'articolo 42, paragrafo 3, quarto comma, della direttiva 2014/23/UE”.

Il **co. 17**, in linea con il divieto di limitazioni al ricorso al c.d. “subappalto di subappalto” fissate in maniera astratta, richiede che le **limitazioni**, nel rispetto necessario dei principi di trasparenza e di tutela del mercato del lavoro, debbano essere dunque **specifiche e motivate**.

Come sottolineato dalla **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato**, “si è ritenuto di non fare rinvio alla norma generale in materia di subappalto, di cui al comma 2 dello stesso articolo, ma di prevedere uno specifico comma – appunto il comma 17 – sia per l'esigenza di rispondere puntualmente alla procedura di infrazione in corso, sia per rendere più chiara la necessità di un'apposita previsione nei documenti di gara che, nel prevedere il subappalto, si occupi anche del subappalto da parte del subappaltatore. La disposizione proposta, così come quella attuale, non affronta il tema del subappalto c.d. qualificatorio o necessario, perché, a rigore, è quest'ultimo istituto ad essere eccentrico rispetto alla causa del contratto di subappalto quale delineata nel comma 2”.

Art. 120 – Modifica dei contratti in corso di esecuzione

1. Fermo quanto previsto dall'articolo 60 per le clausole di revisione dei prezzi, i contratti di appalto possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti, sempre che, nelle ipotesi previste dalle lettere a) e c), nonostante le modifiche, la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa possano ritenersi inalterate:

- a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste in clausole chiare, precise e inequivocabili dei documenti di gara iniziali, che possono consistere anche in clausole di opzione; per i contratti relativi a servizi o forniture stipulati dai soggetti aggregatori restano ferme le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 511, della legge 28 dicembre 2015, n. 208;
- b) per la sopravvenuta necessità di lavori, servizi o forniture supplementari, non previsti nell'appalto iniziale, ove un cambiamento del contraente nel contempo:
- 1) risulti impraticabile per motivi economici o tecnici;
 - 2) comporti per la stazione appaltante notevoli disagi o un sostanziale incremento dei costi;
- c) per le varianti in corso d'opera, da intendersi come modifiche rese necessarie in corso di esecuzione dell'appalto per effetto di circostanze imprevedibili da parte della stazione appaltante. Rientrano in tali circostanze nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti sopravvenuti di autorità o enti preposti alla tutela di interessi rilevanti;
- d) se un nuovo contraente sostituisce l'aggiudicatario a causa di una delle seguenti circostanze:
- 1) le modifiche soggettive implicanti la sostituzione del contraente originario sono previste in clausole chiare, precise e inequivocabili dei documenti di gara;
 - 2) all'aggiudicatario succede, per causa di morte o insolvenza o a seguito di ristrutturazioni societarie, che comportino successione nei rapporti pendenti, un altro operatore economico che soddisfi gli iniziali criteri di selezione, purché ciò non implichi ulteriori modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del codice, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 124;
 - 3) nel caso in cui la stazione appaltante assume gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori.
2. Nei casi di cui al comma 1, lettere b) e c), il contratto può essere modificato solo se l'eventuale aumento di prezzo non ecceda il 50 per cento del valore del contratto iniziale. In caso di più modifiche successive, la limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. Tali modifiche successive non eludono l'applicazione del codice.
3. I contratti possono parimenti essere modificati, oltre a quanto previsto dal comma 1, senza necessità di una nuova procedura, sempre che nonostante le modifiche, la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa possano ritenersi inalterate, se il valore della modifica è al di sotto di entrambi i seguenti valori:
- a) le soglie fissate all'articolo 14;
 - b) il 10 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e forniture; il 15 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori; in caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base del valore complessivo del contratto al netto delle successive modifiche.
4. Ai fini del calcolo del prezzo di cui ai commi 1, lettere b) e c), 2 e 3, quando il contratto prevede una clausola di indicizzazione, il valore di riferimento è il prezzo aggiornato.
5. Sono sempre consentite, a prescindere dal loro valore, le modifiche non sostanziali.
6. La modifica è considerata sostanziale quando altera considerevolmente la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa. In ogni caso, fatti salvi i commi 1 e 3, una modifica è considerata sostanziale se si verificano una o più delle seguenti condizioni:
- a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito di ammettere candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o di accettare un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;

b) la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale;

c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto;

d) un nuovo contraente sostituisce quello cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti dal comma 1, lettera d).

7. Non sono considerate sostanziali, fermi restando i limiti derivanti dalle somme a disposizione del quadro economico e dalle previsioni di cui alle lettere a) b) e c) del comma 6, le modifiche al progetto proposte dalla stazione appaltante ovvero dall'appaltatore con le quali, nel rispetto della funzionalità dell'opera:

a) si assicurino risparmi, rispetto alle previsioni iniziali, da utilizzare in compensazione per far fronte alle variazioni in aumento dei costi delle lavorazioni;

b) si realizzino soluzioni equivalenti o migliorative in termini economici, tecnici o di tempi di ultimazione dell'opera.

8. Il contratto è sempre modificabile ai sensi dell'articolo 9 e nel rispetto delle clausole di rinegoziazione contenute nel contratto. Nel caso in cui queste non siano previste, la richiesta di rinegoziazione va avanzata senza ritardo e non giustifica, di per sé, la sospensione dell'esecuzione del contratto. Il RUP provvede a formulare la proposta di un nuovo accordo entro un termine non superiore a tre mesi. Nel caso in cui non si pervenga al nuovo accordo entro un termine ragionevole, la parte svantaggiata può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario, salva la responsabilità per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione.

9. Nei documenti di gara iniziali può essere stabilito che, qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, la stazione appaltante possa imporre all'appaltatore l'esecuzione alle condizioni originariamente previste. In tal caso l'appaltatore non può fare valere il diritto alla risoluzione del contratto.

10. Nel caso in cui nel bando e nei documenti di gara iniziali sia prevista un'opzione di proroga il contraente originario è tenuto a eseguire le prestazioni contrattuali ai prezzi, patti e condizioni stabiliti nel contratto o, se previsto nei documenti di gara, alle condizioni di mercato ove più favorevoli per la stazione appaltante.

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

12. Si applicano per le cessioni di crediti le disposizioni di cui alla legge 21 febbraio 1991, n. 52. L'allegato II.14 disciplina le condizioni per l'opponibilità alle stazioni appaltanti.

13. Fatto salvo quanto previsto dal comma 8 per il caso di rinegoziazione, le modifiche e le varianti devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante. Le modifiche progettuali consentite ai sensi del comma 7 devono essere approvate dalla stazione appaltante su proposta del RUP, secondo quanto previsto dall'allegato II.14.

14. Un avviso della intervenuta modifica del contratto nelle situazioni di cui al comma 1, lettere b) e c), è pubblicato a cura della stazione appaltante nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. L'avviso contiene le informazioni di cui all'allegato II.16, ed è pubblicato conformemente all'articolo 84. In sede di prima

applicazione del codice, l'allegato II.16 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro per gli affari europei, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice. Per i contratti di importo inferiore alla soglia di cui all'[articolo 14](#) la pubblicità avviene in ambito nazionale.

15. Si osservano, in relazione alle modifiche del contratto, nonché in relazione alle varianti in corso d'opera, gli oneri di comunicazione e di trasmissione all'ANAC, a cura del RUP, individuati dall'allegato II.14. Nel caso in cui l'ANAC accerti l'illegittimità della variante in corso d'opera approvata, esercita i poteri di cui all'[articolo 222](#). In caso di inadempimento agli obblighi di comunicazione e trasmissione delle modifiche e delle varianti in corso d'opera previsti dall'allegato II.14, si applicano le sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'[articolo 222, comma 13](#).

Si riproduce, sia pur con alcune modifiche, l'**art. 106 D.Lgs. 50/2016**, la cui rubrica è stata modificata (da "modifica dei contratti durante il periodo di efficacia" a "modifica dei contratti in corso di esecuzione") per renderla più coerente con le fasi dell'appalto.

Riservata all'[art. 60 del codice](#) la disciplina delle **clausole di revisione dei prezzi**, riguardo alla questione delle **modifiche o varianti "sostanziali"**, la direttiva 2014/24/UE consente le modifiche che non alterano "la natura generale del contratto".

La direttiva è stata recepita inserendo una **nozione unitaria di modifica "snaturante"**: "nonostante le modifiche, la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa possano ritenersi inalterate" (**co. 1-3-5**).

E' stata mantenuta l'impostazione dell'**art. 106 D.Lgs. 50/2016**, che ricalca perfettamente il testo dell'**art. 72** della direttiva 2014/24/UE, riservando: al **co. 1** le **modifiche qualitative**; al **co. 2** le **modifiche quantitative**; al **co. 6** le **modifiche sostanziali** per definizione; al **co. 7** le **modifiche comunque ammissibili**.

Si è tratto spunto dal D.L. 36/2022, convertito in l. 79/2022, recante ulteriori misure urgenti per l'attuazione PNRR: l'**art. 7, co. 2-quater**, infatti, prevede che, nel caso di incrementi del costo dei materiali previsti dal precedente **co. 2-ter**, sono consentite "senza che sia alterata la natura generale del contratto e ferma restando la piena funzionalità dell'opera" varianti in corso d'opera che assicurino "risparmi, rispetto alle previsioni iniziali, da utilizzare esclusivamente in compensazione per far fronte alle variazioni in aumento dei costi dei materiali".

Queste le **principali novità**: l'**art. 106, co. 1, lett. e) D.Lgs. 50/2016** è stato sostituito con la generale ammissibilità delle modifiche non sostanziali *ex art. 120, co. 5 del codice*; non è stata riprodotta la facoltà per le stazioni appaltanti di "stabilire nei documenti di gara soglie di importi per consentire le modifiche", dato che le soglie ammesse senza alcuna previsione nei documenti di gara sono quelle del **co. 2** e che, per eventuali specificazioni sulle soglie (nel senso di ammettere le modifiche per soglie superiori), è sufficiente la possibilità di prevedere le modifiche nei documenti di gara iniziali

con apposite clausole, chiare precise e inequivocabili, ai sensi del co. 1, lett. a); sono state eliminate le previsioni meramente esemplificative o descrittive, eccetto la specificazione sulle norme o provvedimenti sopravvenuti, inserita nel co. 1, lett. c).

Nel **co. 8** si è introdotta una disposizione di **coordinamento col principio di necessaria rinegoziazione** espresso nell'art. 9 del codice.

Il **co. 10** mantiene l'**opzione di proroga** (art. 106, co. 11 D.Lgs. 50/2016), distinta, però, dalla c.d. "*proroga tecnica*", resa necessaria da eccezionali situazioni collegate alla successione degli affidamenti.

È stato pertanto eliminato dal co. 10 il riferimento al "*tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente*" ed è stato inserito un apposito **co. 11**, che disciplina specificamente la c.d. "*proroga tecnica*": per quest'ultima, è stata **esclusa** la possibilità per l'amministrazione di applicare prezzi più favorevoli, poiché il gestore uscente subisce una proroga che è indipendente dalla sua volontà, ammettendosi, invece, la variabilità dei prezzi, da inserire in corrispondenti clausole contrattuali.

Restano invece regolate nell'art. 121 del codice le fattispecie di proroga collegate alle sospensioni e la proroga richiesta dall'appaltatore per ritardi al medesimo non imputabili.

La disposizione sulle modifiche in corso di esecuzione è alleggerita, in quanto si spostano nell'allegato le previsioni di dettaglio.

Non sono state mantenute le disposizioni *ex art.* 106, co. 9-10 D.Lgs. 50/2016 sul c.d. "*errore progettuale*": la disciplina sulla responsabilità dei progettisti è stata infatti inserita nella parte del codice destinata a regolamentare la progettazione.

Le **novità ulteriori** sono le seguenti:

- **precisazione terminologica** di alcune fattispecie trasposte dalla direttiva (in particolare, **co. 1, lett. c e lett. d, n. 1**); si segnala la modifica apportata all'espressione della parte finale del **co. 1, lett. b), n. 2**, in quanto si è ritenuto di sostituire il riferimento alla "*duplicazione*" dei costi con "*sostanziale incremento dei costi*";
- la necessaria previsione del c.d. "*quinto d'obbligo*" sin nei documenti di gara iniziali (**co. 9**);
- spostamento nell'**Allegato II.14** di tutte le fattispecie di **comunicazione e trasmissione all'ANAC** di modifiche e varianti in corso d'opera;
- spostamento nell'**Allegato II.14** della disciplina della **cessione dei crediti**, con l'obbligo di pubblicazione per le modifiche di rilevanza europea mediante avviso contenente le informazioni di cui all'apposito Allegato II.16 (**co. 14**).

Art. 121 – Sospensione dell'esecuzione

1. *Quando ricorrano circostanze speciali, che impediscono in via temporanea che i lavori procedano utilmente a regola d'arte, e che non fossero prevedibili al momento della stipulazione del contratto, il direttore dei lavori può disporre la sospensione dell'esecuzione del contratto, compilando il verbale di sospensione, che è inoltrato, entro cinque giorni, al RUP.*
2. *La sospensione può, altresì, essere disposta dal RUP per ragioni di necessità o di pubblico interesse.*
3. *Nelle ipotesi previste dai commi 1 e 2, per i lavori di realizzazione di opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 14, la sospensione è disposta dal RUP dopo aver acquisito il parere del collegio consultivo tecnico ove costituito. Se la sospensione è imposta da gravi ragioni di ordine tecnico, idonee ad incidere sulla realizzazione a regola d'arte dell'opera, in relazione alle modalità di superamento delle quali non vi è accordo tra le parti, si applica l'articolo 216, comma 4.*
4. *Fatta salva l'ipotesi del secondo periodo del comma 3, la sospensione è disposta per il tempo strettamente necessario. Cessate le relative cause, il RUP dispone la ripresa dell'esecuzione e indica il nuovo termine contrattuale.*
5. *Qualora la sospensione o le sospensioni, durino per un periodo di tempo superiore a un quarto della durata complessiva prevista per l'esecuzione dei lavori stessi, o comunque quando superino sei mesi complessivi, l'esecutore può chiedere la risoluzione del contratto senza indennità; se la stazione appaltante si oppone, l'esecutore ha diritto alla rifusione dei maggiori oneri derivanti dal prolungamento della sospensione oltre i termini suddetti. Nessun indennizzo è dovuto all'esecutore negli altri casi.*
6. *Quando successivamente alla consegna dei lavori insorgano, per cause imprevedibili o di forza maggiore, circostanze che impediscano parzialmente il regolare svolgimento dei lavori, l'esecutore prosegue le parti di lavoro eseguibili, mentre si provvede alla sospensione parziale dei lavori non eseguibili, dandone atto in apposito verbale. Nel caso di sospensione parziale, per i lavori di realizzazione di opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 14 si applica il comma 3 del presente articolo.*
7. *Le contestazioni dell'esecutore in merito alle sospensioni dei lavori, nelle ipotesi di cui ai commi 1, 2 e 6, sono iscritte, a pena di decadenza, nei verbali di sospensione e di ripresa dei lavori, salvo che la contestazione riguardi, nelle sospensioni inizialmente legittime, la sola durata, nel qual caso è sufficiente l'iscrizione della stessa nel verbale di ripresa dei lavori; qualora l'esecutore non firmi i verbali deve farne espressa riserva sul registro di contabilità. Quando la sospensione supera il quarto del tempo contrattuale complessivo, il responsabile del procedimento dà avviso all'ANAC. In caso di mancata o tardiva comunicazione l'ANAC irroga una sanzione amministrativa alla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 222, comma 13.*
8. *L'esecutore che per cause a lui non imputabili non sia in grado di ultimare i lavori nel termine fissato può richiederne la proroga, con congruo anticipo rispetto alla scadenza del termine contrattuale. In ogni caso la concessione della proroga non pregiudica i diritti spettanti all'esecutore per l'eventuale imputabilità della maggiore durata a fatto della stazione appaltante. Sull'istanza di proroga decide, entro trenta giorni dal suo ricevimento, il RUP, sentito il direttore dei lavori. Per i lavori diretti alla realizzazione di opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 14 è acquisito il parere del collegio consultivo tecnico, ove costituito.*
9. *Fatto salvo il caso di proroga previsto dal comma 8, l'esecutore ultima i lavori nel termine stabilito dagli atti contrattuali, decorrente dalla data del verbale di consegna oppure, in caso di consegna parziale, dall'ultimo dei verbali di consegna. L'ultimazione dei lavori, appena avvenuta, è comunicata dall'esecutore per iscritto al direttore dei lavori, il quale procede subito alle necessarie constatazioni in contraddittorio. L'esecutore non ha*

diritto allo scioglimento del contratto né ad alcuna indennità qualora i lavori, per qualsiasi causa non imputabile alla stazione appaltante, non siano ultimati nel termine contrattuale e qualunque sia il maggior tempo impiegato.

10. Nel caso di sospensioni totali o parziali dei lavori disposte dalla stazione appaltante per cause diverse da quelle di cui ai commi 1, 2 e 6, l'esecutore può chiedere, previa iscrizione, a pena di decadenza, di specifica riserva, ai sensi del comma 7, il risarcimento dei danni subiti, quantificato sulla base di quanto previsto dall'articolo 1382 del codice civile e secondo criteri individuati nell'allegato II.14.

11. Le disposizioni del presente articolo si applicano, in quanto compatibili, ai contratti relativi a servizi e forniture, intendendosi riferite al direttore dell'esecuzione, se nominato, le previsioni riguardanti il direttore dei lavori. Ai contratti di appalto di forniture e servizi di importo pari o superiore a 1 milione di euro si applicano inoltre i commi 3, 6, secondo periodo, e 8, quarto periodo.

La novità principale, ferma la riproduzione sia pur con modifiche dell'**art. 107 D.Lgs. 50/2016**, attiene al coordinamento della stessa con le norme sul Collegio consultivo tecnico (**co. 3 e 8**).

Si spostano nell'**Allegato II.14** le previsioni di dettaglio.

Le **riserve a contenuto economico** dell'appaltatore, **diverse** da quelle inerenti alle sospensioni, sono disciplinate nell'**art. 115 del codice** sulla contabilità degli appalti.

Art. 122 – Risoluzione

1. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 121, le stazioni appaltanti possono risolvere un contratto di appalto senza limiti di tempo, se si verificano una o più delle seguenti condizioni:

- a) modifica sostanziale del contratto, che richiede una nuova procedura di appalto ai sensi dell'articolo 120;*
- b) con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 120, comma 1, lettere b) e c), superamento delle soglie di cui al comma 2 del predetto articolo 120 e, con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 120, comma 3, superamento delle soglie di cui al medesimo articolo 120, comma 3, lettere a) e b);*
- c) l'aggiudicatario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto, in una delle situazioni di cui all'articolo 94, comma 1, e avrebbe dovuto pertanto essere escluso dalla procedura di gara; d) l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati, come riconosciuto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.*

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

- a) sia intervenuta la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci;*
- b) sia intervenuto un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al codice delle leggi antimafia e delle relative misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, ovvero sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del presente Libro.*

3. Il contratto di appalto può inoltre essere risolto per grave inadempimento delle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore, tale da compromettere la buona riuscita delle prestazioni. Il direttore dei lavori o il direttore dell'esecuzione, se nominato, quando accerta un grave inadempimento ai sensi del primo periodo avvia in contraddittorio con l'appaltatore il procedimento disciplinato dall'articolo 10 dell'allegato II.14. All'esito del procedimento, la stazione appaltante, su proposta del RUP, dichiara risolto il contratto con atto scritto comunicato all'appaltatore.

4. Qualora, al di fuori di quanto previsto dal comma 3, l'esecuzione delle prestazioni sia ritardata per negligenza dell'appaltatore rispetto alle previsioni del contratto, il direttore dei lavori o il direttore dell'esecuzione, se nominato, gli assegna un termine che, salvo i casi d'urgenza, non può essere inferiore a dieci giorni, entro i quali deve eseguire le prestazioni. Scaduto il termine, e redatto il processo verbale in contraddittorio, qualora l'inadempimento permanga, la stazione appaltante risolve il contratto, con atto scritto comunicato all'appaltatore, fermo restando il pagamento delle penali.

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

6. Nei casi di risoluzione del contratto di cui ai commi 1, lettere c) e d), 2, 3 e 4, le somme di cui al comma 5 sono decurtate degli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del contratto, e in sede di liquidazione finale dei lavori, servizi o forniture riferita all'appalto risolto, l'onere da porre a carico dell'appaltatore è determinato anche in relazione alla maggiore spesa sostenuta per il nuovo affidamento, se la stazione appaltante non si sia avvalsa della facoltà prevista dall'articolo 124, comma 2, primo periodo.

7. L'allegato II.14 disciplina le attività demandate al direttore dei lavori e all'organo di collaudo o di verifica di conformità in conseguenza della risoluzione del contratto.

8. Nei casi di risoluzione del contratto, l'appaltatore provvede al ripiegamento dei cantieri già allestiti e allo sgombero delle aree di lavoro e relative pertinenze nel termine assegnato dalla stazione appaltante; in caso di mancato rispetto del termine, la stazione appaltante provvede d'ufficio addebitando all'appaltatore i relativi oneri e spese. In alternativa all'esecuzione di eventuali provvedimenti giurisdizionali cautelari, possessori o d'urgenza comunque denominati che inibiscano o ritardino il ripiegamento dei cantieri o lo sgombero delle aree di lavoro e relative pertinenze, la stazione appaltante può depositare cauzione in conto vincolato a favore dell'appaltatore o prestare fidejussione bancaria o polizza assicurativa con le modalità di cui all'articolo 106, pari all'1 per cento del valore del contratto. Resta fermo il diritto dell'appaltatore di agire per il risarcimento dei danni.

Trattasi della norma corrispondente all'**art. 108 D.Lgs. 50/2016**.

Al **co. 1** si è introdotto l'inciso secondo cui le stazioni appaltanti possono risolvere il contratto di appalto "*senza limiti di tempo*", in correlazione con la soppressione dell'art. 108, co. 1-bis, il quale escludeva l'applicabilità alla risoluzione del termine *ex art. 21-nonies L. 241/1990*.

La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** ha spiegato che "*il problema del richiamo all'istituto dell'annullamento d'ufficio in autotutela non è, infatti, risolto dall'attuale comma 1-bis, che lo implica in modo allusivo solo per escludere l'applicabilità del termine di cui al citato art. 21-nonies della l. n. 241*", sottolineando poi che "*il problema nasce dal fatto che l'attuale art. 108 ospita al suo interno fattispecie:*

(a) strutturalmente e ontologicamente disomogenee, in parte corrispondenti alla risoluzione civilistica per inadempimento (commi 3 e 4), che non hanno nulla a che vedere con l'annullamento d'ufficio,

(b) riconducibili ad ipotesi di autotutela [comma 1, lettere c) e d); comma 2, lett. a) e lett. b)], per cui l'istituto sarebbe applicabile,

(c) altre ipotesi eterodosse [comma 1, lettere a) e b)] di sopravvenuta modifica del quadro esigenziale pubblico che implica una rinegoziazione incompatibile con l'esecuzione dell'appalto affidato e che pretende una nuova procedura di affidamento (in pratica: un recesso motivato e giustificato da presupposti oggettivi, in cui l'appaltatore non ha diritto al ristoro del mancato guadagno). Si segnala la reimpostazione delle lettere a) e b) del comma 1 in linea con il riferimento alla necessità di introdurre le modifiche sostanziali o oltre soglia ("il contratto dovrebbe subire una modifica sostanziale che richiede una nuova procedura di appalto ai sensi dell'articolo...").

La disposizione del codice sulla risoluzione viene snellita spostando nell'**Allegato II.14** le previsioni di dettaglio evidenziate.

È stato mantenuto l'ultimo comma dell'art. 108 D.Lgs. 50/2016, previsto all'art. 120, co. 8 del codice, "poiché - come ricorda la **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** - prevede in capo alla stazione appaltante una facoltà alternativa all'esecuzione di provvedimenti giurisdizionali (che inibiscano o ritardino il ripiegamento dei cantieri o lo sgombero delle aree di lavoro), che non può essere demandata alla normativa secondaria, trattandosi di un diritto soggettivo riconosciuto in favore della stazione appaltante".

Art. 123 – Recesso

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

Si disciplina il recesso, riproducendo con alcune modifiche l'art. 109 D.Lgs. 50/2016.

Nel **co. 1**, anziché *“previo il pagamento”*, formula adottata sia dall’art. 109, co. 1 sia dalle norme previgenti (art. 134 D.Lgs. 163/2006; art. 122 d.P.R. 554/1999), che sembra evocare una priorità temporale del pagamento rispetto al recesso, si è utilizzata la formulazione dell’analogo istituto del recesso unilaterale del committente di cui all’art. 1671 c.c.: *“purché tenga indenne l’appaltatore mediante pagamento [...]”*

L’art. 109, co. 2 del previgente codice è stato soppresso grazie all’aggiunta dell’inciso finale nell’art. 123, co. 1 che, per quanto riguarda il **calcolo del decimo** dell’importo, fa rinvio all’**Allegato II.14**.

Il **co. 2**, a differenza della previgente formulazione che sembrava presupporre tanto una comunicazione preliminare quanto il successivo esercizio del recesso, chiarisce che la comunicazione deve essere scritta e che **l’atto di recesso consiste nella comunicazione**.

La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** enfatizza come *“ciò si spieg[hi] in quanto l’atto di recesso non deve osservare le modalità procedurali dell’atto amministrativo (comunicazione avvio procedimento e motivazione: cfr. sul punto, recentemente, Cass. n. 21574/2022 per un caso di recesso previsto dal contratto) perché si tratta di un atto negoziale non autoritativo, posto in essere iure privatorum. Inoltre è un recesso ad nutum con cui il contraente committente si scioglie dal contratto tenendo indenne la controparte (che non ha una legittima aspettativa a nulla di più) sia di oneri e costi, sia del lucro non realizzato”*.

La disposizione è stata snellita spostando nell’**Allegato II.14** le previsioni di dettaglio.

In particolare, il **co. 3** rinvia all’Allegato II. 14 la disciplina sul rimborso dei materiali, la facoltà di ritenzione della stazione appaltante e gli obblighi di rimozione e sgombero dell’appaltatore, (art. 109, co. 4-6 del previgente codice).

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

1. Fatto salvo quanto previsto dai commi 4 e 5, in caso di liquidazione giudiziale, di liquidazione coatta e concordato preventivo, oppure di risoluzione del contratto ai sensi dell’articolo 122 o di recesso dal contratto ai sensi dell’articolo 88, comma 4-ter, del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, oppure in caso di dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto, le stazioni appaltanti interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato all’originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, per stipulare un nuovo contratto per l’affidamento dell’esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture, se tecnicamente ed economicamente possibile.

2. L’affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall’originario aggiudicatario in sede in offerta. Le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che il nuovo affidamento avvenga alle condizioni proposte dall’operatore economico interpellato.

3. Per gli appalti di lavori di realizzazione di opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 14 e di servizi e forniture di importo pari o superiore a 1 milione di euro si applica, in deroga ai commi 1 e 2, l'articolo 216, commi 2 e 3.

4. Il curatore della procedura di liquidazione giudiziale, autorizzato all'esercizio provvisorio dell'impresa, può, su autorizzazione del giudice delegato, stipulare il contratto qualora l'aggiudicazione sia intervenuta prima della dichiarazione di liquidazione giudiziale ed eseguire i contratti e gli accordi quadro già stipulati dall'impresa assoggettata alla liquidazione giudiziale. L'autorizzazione alla stipulazione del contratto deve intervenire entro il termine di cui all'articolo 18, comma 2; in mancanza il curatore è da intendersi sciolto da ogni vincolo e la stazione appaltante procede ai sensi dei commi 1 e 2.

5. Per i contratti in corso di esecuzione, alle imprese che hanno depositato la domanda di accesso al concordato preventivo, anche ai sensi dell'articolo 44, comma 1, del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, si applicano i commi 1 e 2 dell'articolo 95 dello stesso codice. Nel caso in cui la domanda di cui al primo periodo sia stata depositata dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione, la stipulazione del contratto deve essere autorizzata nel termine previsto dal comma 4, ai sensi dell'articolo 95, commi 3 e 4, del codice di cui al decreto legislativo n. 14 del 2019.

6. Restano ferme le disposizioni previste dall'articolo 32 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, in materia di misure straordinarie di gestione di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione.

Ci si occupa dell'esecuzione o completamento dei lavori, servizi o forniture in caso di insolvenza o di impedimento alla prosecuzione dell'affidamento con l'esecutore designato e corrisponde all'**art. 110 D.Lgs. 50/2016**.

Con l'**art. 5, co. 4, lett. b), D.L. 76/2020**, convertito in l. 120/2020, si è previsto (**in deroga** al citato art. 110, come da ultimo modificato dall'art. 372, co. 1 D.Lgs. 14/2019, cd. Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza) che, **fino al 30 giugno 2023**, la stazione appaltante, nel caso in cui la prosecuzione dei lavori, per qualsiasi motivo (ivi incluse la crisi o l'insolvenza dell'esecutore anche in ipotesi di concordato con continuità aziendale ovvero di autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa) non possa procedere con il soggetto designato, né, in caso di esecutore plurisoggettivo, con altra impresa del raggruppamento designato, e risolva pertanto il contratto, interpellando progressivamente i soggetti che hanno partecipato alla originaria procedura di gara come risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per il completamento dei lavori, se tecnicamente ed economicamente possibile e alle condizioni proposte dall'operatore economico interpellato. Si prevedeva, cioè, il subentro di altra impresa appaltatrice a condizioni diverse da quelle stabilite dal contratto stipulato con l'aggiudicatario, ovvero alle **condizioni proposte dal subentrante**.

Invece, l'art. 110, co. 2 del previgente codice faceva riferimento alle **medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede di offerta**: sulla stessa linea è anche l'art. 124, co. 2, primo periodo del codice.

L'art. 124, co. 2 prevede la **facoltà** per la stazione appaltante **di disporre nei documenti di gara** che, in caso di subentro con scorrimento della graduatoria, le condizioni economiche del contratto siano quelle proposte dal subentrante (sempre che il subentro sia economicamente e tecnicamente possibile).

Il **co. 4** prevede che la **sopravvenienza della liquidazione giudiziale dopo il provvedimento di aggiudicazione** non comporta automaticamente la decadenza dall'aggiudicazione, ma il contratto possa essere stipulato col curatore autorizzato all'esercizio dell'impresa, previa autorizzazione del giudice delegato.

La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** evidenzia che *“si tratta di una situazione in cui la partecipazione e l'aggiudicazione sono avvenute quando l'imprenditore era ancora in bonis, del tutto legittimamente, e manca soltanto l'aspetto formale della stipulazione. Merita tutela l'aspettativa della curatela alla stipula, in vista della tutela della consistenza del patrimonio dell'imprenditore in liquidazione giudiziale e delle ragioni dei creditori, sotto sorveglianza del curatore e del giudice delegato per verificare la sostenibilità da parte della società fallita dell'esecuzione del contratto”*.

Ciò perché *“l'art. 57, par. 4, lett. b), della direttiva 2014/24 non obbliga gli Stati membri e le stazioni appaltanti ad escludere dalle procedure e dai contratti pubblici le società dichiarate insolventi, ma lascia la scelta in capo ai singoli Paesi”*.

La **nozione “contratti già stipulati”** di cui all'art. 110, co. 3 del previgente codice, che il curatore autorizzato all'esercizio provvisorio dell'impresa può eseguire, è stata **ampliata** ricomprendendo nel co. 4 della disposizione proposta **anche gli accordi quadro** e, quindi, anche i contratti applicativi successivi: è così data una risposta al dubbio se il curatore possa stipulare contratti applicativi dell'accordo quadro, oppure se l'accordo quadro stipulato rimanga comunque valido, ma “sospeso” fino al subentro di un nuovo soggetto acquirente dell'azienda o cessionario del contratto.

È stato **soppresso l'art. 110, co. 6 D.Lgs. 50/2016**, riguardante i **poteri dell'ANAC** nei confronti delle imprese in concordato, su proposta della stessa Autorità.

Nel **co. 3** è stata introdotta una **disciplina di coordinamento** con le disposizioni in tema di **Collegio consultivo tecnico**.

Art. 125 – Anticipazione, modalità e termini di pagamento del corrispettivo

1. Sul valore del contratto di appalto è calcolato l'importo dell'anticipazione del prezzo pari al 20 per cento da corrispondere all'appaltatore entro quindici giorni dall'effettivo inizio della prestazione anche nel caso di consegna dei lavori o di avvio dell'esecuzione in via d'urgenza, ai sensi dell'articolo 17, commi 8 e 9. Con i documenti di gara può essere previsto un incremento dell'anticipazione del prezzo fino al 30 per cento. Tali disposizioni non si applicano ai contratti di forniture e servizi indicati nell'allegato II.14. Per i contratti

pluriennali l'importo dell'anticipazione deve essere calcolato sul valore delle prestazioni di ciascuna annualità contabile, stabilita nel cronoprogramma dei pagamenti, ed è corrisposto entro quindici giorni dall'effettivo inizio della prima prestazione utile relativa a ciascuna annualità, secondo il cronoprogramma delle prestazioni. L'erogazione dell'anticipazione è subordinata alla costituzione di garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa di importo pari all'anticipazione maggiorato del tasso di interesse legale applicato al periodo necessario al recupero dell'anticipazione stessa secondo il cronoprogramma della prestazione. La garanzia è rilasciata dai soggetti di cui all'articolo 106, comma 3, con le modalità previste dal secondo periodo dello stesso comma. L'importo della garanzia è gradualmente e automaticamente ridotto nel corso della prestazione, in rapporto al progressivo recupero dell'anticipazione da parte delle stazioni appaltanti. Il beneficiario decade dall'anticipazione, con obbligo di restituzione, se l'esecuzione della prestazione non procede, per ritardi a lui imputabili, secondo i tempi contrattuali. Sulle somme restituite sono dovuti gli interessi legali con decorrenza dalla data di erogazione della anticipazione.

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

3. Lo stato di avanzamento dei lavori, ricavato dal registro di contabilità, è adottato con le modalità e nei termini indicati nel contratto. A tal fine, il direttore dei lavori accerta senza indugio il raggiungimento delle condizioni contrattuali. In mancanza, lo comunica l'esecutore dei lavori. Contestualmente all'esito positivo dell'accertamento, oppure contestualmente al ricevimento della comunicazione dell'esecutore, il direttore dei lavori adotta lo stato di avanzamento dei lavori e lo trasmette al RUP, salvo quanto previsto dal comma 4.

4. In caso di difformità tra le valutazioni del direttore dei lavori e quelle dell'esecutore in merito al raggiungimento delle condizioni contrattuali per l'adozione dello stato di avanzamento, il direttore dei lavori, a seguito di tempestivo contraddittorio con l'esecutore, archivia la comunicazione di cui al comma 3 oppure adotta lo stato di avanzamento e lo trasmette immediatamente al RUP.

5. I certificati di pagamento relativi agli acconti del corrispettivo sono emessi dal RUP contestualmente all'adozione di ogni stato di avanzamento e comunque entro un termine non superiore a sette giorni. Il RUP, previa verifica della regolarità contributiva dell'esecutore e dei subappaltatori, invia il certificato di pagamento alla stazione appaltante, la quale procede al pagamento ai sensi del comma 2. L'esecutore emette fattura al momento dell'adozione del certificato di pagamento. L'ingiustificato ritardo nell'emissione dei certificati di pagamento può costituire motivo di valutazione del RUP ai fini della corresponsione dell'incentivo ai sensi dell'articolo 45. L'esecutore può emettere fattura al momento dell'adozione dello stato di avanzamento dei lavori. L'emissione della fattura da parte dell'esecutore non è subordinata al rilascio del certificato di pagamento da parte del RUP.

6. Nei contratti di servizi e forniture con caratteristiche di periodicità o continuità, che prevedono la corresponsione di acconti sul corrispettivo, si applicano le disposizioni di cui ai commi 3, 4 e 5.

7. All'esito positivo del collaudo negli appalti di lavori e della verifica di conformità negli appalti di servizi e forniture, e comunque entro un termine non superiore a sette giorni dall'emissione dei relativi certificati, il RUP rilascia il certificato di pagamento relativo alla rata di saldo; il pagamento è effettuato nel termine di trenta giorni decorrenti dall'esito positivo del collaudo o della verifica di conformità, salvo che sia espressamente concordato nel contratto un diverso termine, comunque non superiore a sessanta giorni e purché ciò sia oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche. Il certificato

di pagamento non costituisce presunzione di accettazione dell'opera, ai sensi dell'articolo 1666, secondo comma, del codice civile. Si applica il comma 5, terzo e quarto periodo.

8. Resta fermo quanto previsto all'articolo 4, comma 6, del decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231.

9. In caso di ritardo nei pagamenti rispetto ai termini di cui al presente articolo o ai diversi termini stabiliti dal contratto si applicano le disposizioni degli articoli 5 e 6 del decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, in tema di interessi moratori.

10. Le piattaforme digitali di cui all'articolo 25, assicurano la riconducibilità delle fatture elettroniche agli acconti corrispondenti agli stati di avanzamento e a tutti i pagamenti dei singoli contratti, garantendo l'interoperabilità con i sistemi centrali di contabilità pubblica. Le predette piattaforme sono integrate con la piattaforma tecnologica per l'interconnessione e l'interoperabilità tra le pubbliche amministrazioni e i prestatori di servizi di pagamento abilitati, prevista dall'articolo 5 del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.

Il co. 1 prevede l'estensione discrezionale dell'anticipazione del prezzo per le stazioni appaltanti fino al 30% e la disciplina dell'anticipazione per i contratti di servizi e forniture pluriennali.

In merito al **pagamento degli acconti**, i **co. 3-4-5** hanno recepito le modifiche apportate dalla **L. n. 238/2021**.

Una volta approvato, il s.a.l. è trasmesso al RUP, che deve emettere il certificato di pagamento contestualmente alla ricezione o comunque nel termine massimo di 7 giorni (**co. 5**).

La delineata scansione è articolata in modo tale che il pagamento venga comunque disposto entro il termine di legge (30 giorni dal s.a.l., aumentabile a 60 in casi particolari e specifici) sulla scorta del relativo certificato e quindi senza alcun sovvertimento delle procedure di spesa. In linea di massima, il pagamento potrebbe essere disposto nei 7 giorni dall'emissione del s.a.l..

In ogni caso, l'emissione della fattura da parte dell'esecutore non è subordinata al certificato di pagamento, ma all'adozione dello stato di avanzamento dei lavori.

Per contenere il rischio di ritardi ingiustificati nell'emissione dei certificati di pagamento, il **co. 5**, ultimo periodo prevede la **valutazione del RUP** ai fini della liquidazione dell'incentivo.

Il co. 6 estende le previsioni dei commi precedenti ai **contratti di servizi e forniture a carattere periodico o continuativo**.

In ordine al **pagamento della rata di saldo**, il **co. 7** riproduce l'art. 113-bis, co. 2 D.Lgs. 50/2016, così come il **co. 8** richiama l'art. 4, co. 6 D.Lgs. 231/2002; si è aggiunto un **co. 9** così da coordinare la disposizione con il richiamato decreto in tema di interessi di mora nel caso di ritardo nei pagamenti.

Il **co. 9** richiama, per la quantificazione degli interessi ed il riconoscimento delle spese di liquidazione, gli **artt. 5-6 D.Lgs. 231/2002**.

Si è introdotto il **co. 10** per coordinare la disposizione sui pagamenti con la **tenuta digitale della contabilità**.

Art. 126 – Penali e premi di accelerazione

1. I contratti di appalto prevedono penali per il ritardo nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali da parte dell'appaltatore commisurate ai giorni di ritardo e proporzionali rispetto all'importo del contratto o delle prestazioni contrattuali. Le penali dovute per il ritardato adempimento sono calcolate in misura giornaliera compresa tra lo 0,3 per mille e l'1 per mille dell'ammontare netto contrattuale, da determinare in relazione all'entità delle conseguenze legate al ritardo, e non possono comunque superare, complessivamente, il 10 per cento di detto ammontare netto contrattuale.

2. Per gli appalti di lavori la stazione appaltante può prevedere nel bando o nell'avviso di indizione della gara che, se l'ultimazione dei lavori avviene in anticipo rispetto al termine fissato contrattualmente, sia riconosciuto un premio di accelerazione per ogni giorno di anticipo. Il premio è determinato sulla base degli stessi criteri stabiliti per il calcolo della penale ed è corrisposto a seguito dell'approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo, mediante utilizzo delle somme indicate nel quadro economico dell'intervento alla voce 'imprevisti', nei limiti delle risorse ivi disponibili, sempre che l'esecuzione dei lavori sia conforme alle obbligazioni assunte. Nei documenti di gara iniziali la stazione appaltante si può riservare la facoltà di riconoscere un premio di accelerazione determinato sulla base dei predetti criteri anche nel caso in cui il termine contrattuale sia legittimamente prorogato, qualora l'ultimazione dei lavori avvenga in anticipo rispetto al termine prorogato. Il termine di cui al terzo periodo si computa dalla data originariamente prevista nel contratto.

Sono previste **penali e premi di accelerazione**: per le prime, il **co. 1** riproduce l'art. 113-bis, co. 4 D.Lgs. 50/2016, mentre, per i secondi, il **co. 2** trae spunto dall'art. 50, co. 4, D.L. 77/2021, convertito con modificazioni dalla legge 108/2021, lasciando, tuttavia, alla **discrezionalità della stazione appaltante** la previsione di tali incentivi.

In attuazione dell'art. 1, co. 1, lett. hh), della legge delega 78/2022 (*"Razionalizzazione della disciplina concernente i meccanismi sanzionatori e premiali finalizzati a incentivare la tempestiva esecuzione dei contratti pubblici da parte dell'aggiudicatario, anche al fine di estenderne l'ambito di applicazione"*), si è introdotta un'**opzione** che la stazione appaltante può esercitare al fine di **estendere il premio di anticipazione** anche al caso di **termine legittimamente prorogato**, qualora l'ultimazione dei lavori avvenga in anticipo rispetto a quest'ultimo, rimettendone la regolamentazione concreta alla discrezionalità della stazione appaltante, da esercitarsi mediante l'inserimento di clausole chiare e inequivoche nei documenti di gara iniziali e, quindi, nel contratto.

La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato**, sul punto ha precisato che *"allo stato attuale, la giurisprudenza della Cassazione è ferma nel ritenere che la data di riferimento per stabilire se vi sia stata o meno l'anticipazione dell'adempimento sia quella originaria fissata in contratto e non quella eventualmente prorogata, indipendentemente dalle ragioni della proroga (anche nei casi in cui la proroga non sia imputabile all'appaltatore)"* concludendo che *"il primo periodo del comma 2 proposto, che per il premio di accelerazione fa riferimento al termine fissato contrattualmente, senza ulteriori specificazioni, non potrà che essere interpretato in continuità col detto orientamento giurisprudenziale"*.

PARTE VII

DISPOSIZIONI PARTICOLARI PER ALCUNI CONTRATTI DEI SETTORI ORDINARI

TITOLO I

I SERVIZI SOCIALI E I SERVIZI ASSIMILATI

Art. 127 – Norme applicabili ai servizi sociali e assimilati

1. Fermo quanto previsto dall'articolo 6 del codice, per l'affidamento dei servizi sociali e degli altri servizi assimilati di cui all'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, per valori pari o superiori alla soglia di cui all'articolo 14, comma 1 lettera d), le stazioni appaltanti procedono alternativamente:

a) mediante bando o avviso di gara che comprende le informazioni di cui all'allegato II.6, Parte I, lettera E;
b) mediante avviso di pre-informazione, pubblicato con cadenza continuativa per periodi non superiori a ventiquattro mesi, recante le informazioni di cui allegato II.6, Parte I, lettera F, con l'avvertenza che l'aggiudicazione avverrà senza ulteriore pubblicazione di un avviso di indizione di gara.

2. Le disposizioni del comma 1 non si applicano quando è utilizzata, in presenza dei presupposti previsti dall'articolo 76, una procedura negoziata senza pubblicazione di bando.

3. L'avvenuto affidamento del servizio è reso noto mediante la pubblicazione di avviso di aggiudicazione di cui all'allegato II.6, Parte I, lettera G. È possibile raggruppare gli avvisi su base trimestrale, nel qual caso essi sono inviati cumulativamente al più tardi trenta giorni dopo la fine di ogni trimestre.

4. I bandi e gli avvisi di gara per gli affidamenti nei settori speciali di cui all'articolo 173 contengono le informazioni di cui all'allegato II.6, Parte III, conformemente ai modelli di formulari stabiliti dalla Commissione europea mediante atti di esecuzione.

5. Gli avvisi di cui al presente articolo sono pubblicati conformemente all'articolo 164.

Nella rubrica è stata sostituita l'espressione "altri servizi specifici" (art. 140 D.Lgs. 50/2016) con quella di "servizi assimilati" ai servizi sociali, che dà conto della uniformità della relativa disciplina pur nella eterogeneità dei settori di riferimento.

Il catalogo dei servizi è ancora affidato, con un complessivo richiamo *per relationem*, all'**Allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE**.

Si è poi sostituito il riferimento alla "aggiudicazione degli appalti" con il più comprensivo "affidamento" del servizio (co. 3): ciò per escludere ogni preclusione al ricorso allo strumento della concessione.

Del coordinamento con il c.d. "Codice del Terzo Settore", approvato con D.Lgs. 117/2017, si è tenuto conto alla luce del richiamo (co. 1) fatto all'art. 6 del codice, il quale costituisce disciplina di principio.

In materia, risultano da ultimo adottate le **Linee Guida ANAC n. 17/2022**, non recepite.

Da evidenziare che l'**art. 141 D.Lgs. 50/2016** (*"Norme applicabili ai concorsi di progettazione e di idee nei settori speciali"*) è stato **espunto**, data la scelta di riservare alla relativa *sedes materiae* la disciplina dei concorsi di progettazione e di idee.

Art. 128 – Servizi alla persona

1. *Salvo quanto previsto dall'articolo 127, per l'affidamento dei servizi alla persona si applicano le disposizioni che seguono.*
2. *Ai fini della presente Parte, sono considerati servizi alla persona i seguenti servizi, come individuati dall'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014:*
 - a) *servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi;*
 - b) *servizi di prestazioni sociali;*
 - c) *altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi i servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative.*
3. *L'affidamento deve garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti.*
4. *In applicazione dell'articolo 37 le stazioni appaltanti approvano gli strumenti di programmazione nel rispetto della legislazione statale e regionale di settore.*
5. *Le finalità di cui agli articoli 62 e 63 sono perseguite anche tramite le forme di aggregazione previste dalla normativa di settore, con particolare riguardo ai distretti sociosanitari e a istituzioni analoghe.*
6. *Si applicano le procedure di aggiudicazione di cui agli articoli da 32 a 34, all'articolo 59 e agli articoli da 71 a 76.*
7. *Si applicano, altresì, le disposizioni di cui agli articoli 79, 80, 84, 85, 89, 94, 95, 98, 99, 100, 101 e 110, adottando il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.*
8. *Per l'affidamento e l'esecuzione di servizi alla persona di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 14, comma 1, lettera d), si applicano i principi e i criteri di cui al comma 3 del presente articolo.*

L'articolo è dedicato ai servizi assoggettati al c.d. *"regime intermedio"*, in linea con quanto già disposto dall'**art. 142, co. 5-bis ss. D.lgs. 50/2016**.

La scelta è stata anche di ordine terminologico, visto il riferimento ai *"servizi alla persona"*, espressamente elencati al **co. 2** e richiamati nell'**Allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE**.

Fermo quanto sopra, in termini generali la disciplina risulta **sostanzialmente immutata** rispetto a quella previgente.

Si segnala peraltro, l'**innovativo co. 8**, il quale – relativamente agli affidamenti di servizi alla persona inferiori alla soglia europea – non richiama la disciplina generale degli appalti sotto soglia, ma

impone, mediante il rinvio al co. 3, il rispetto dei principi generali di **qualità, continuità, accessibilità, disponibilità e completezza**, oltre agli obblighi di tenere conto delle **esigenze specifiche** delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e di promuovere il **coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti**.

TITOLO II

GLI APPALTI DI SERVIZI SOCIALI E EDI ALTRI SERVIZI NEI SETTORI ORDINARI

Art. 129 – Appalti riservati

1. *Le stazioni appaltanti hanno facoltà, con bando predisposto a norma delle disposizioni che seguono, di riservare agli enti di cui al comma 2 il diritto di partecipare alle procedure per l'affidamento dei servizi sanitari, sociali e culturali individuati nell'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014.*
2. *Fermo restando quanto previsto dall'articolo 6, devono essere soddisfatte le seguenti condizioni:*
 - a) *gli enti riservatari devono avere come obiettivo statutario il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione dei servizi di cui al comma 1;*
 - b) *deve essere previsto un vincolo di reinvestimento dei profitti, per il conseguimento degli obiettivi statutari o, comunque, una distribuzione o redistribuzione fondata su considerazioni partecipative;*
 - c) *le strutture di gestione o proprietà degli enti devono essere basate su principi partecipativi o di azionariato dei dipendenti, ovvero richiedere la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati.*
3. *È esclusa la riserva a favore di enti che nei tre anni precedenti all'affidamento siano stati già aggiudicatari di un appalto o di una concessione per i servizi di cui al comma 1, disposti a norma del presente articolo.*
4. *La durata massima del contratto non può superare i tre anni.*

Si disciplinano i cd. **“appalti riservati”**.

A differenza del precedente **art. 128**, sarebbe riferibile ai soli contratti di appalto (**e non anche ai contratti di concessione**) ed alle sole stazioni appaltanti (**e non anche agli enti concedenti**): ne deriva che il cd. **“diritto di riserva”** può operare nei soli casi in cui la P.A. decida di affidare un appalto di servizi sanitari, sociali e culturali quali individuati dall'**Allegato XIV della direttiva 2014/24/UE** e non anche all'affidamento degli stessi servizi attraverso il modello concessorio (**co. 1**).

Detta disciplina trae fondamento dagli **artt. 77 della direttiva 2014/24/UE e 94 della direttiva 2014/25/UE** ed è rimasta, nella riformulazione, sostanzialmente immutata rispetto all'**art. 143 D.lgs. 50/2016**.

Circa il richiamo al Codice del Terzo Settore, si veda *sub art. 127 del codice*.

Il riferimento alle *“organizzazioni”* ex art. 143 D.Lgs. 50/2016 è stato espunto (in quanto privo di riscontro nella disciplina di settore) e sostituito con il riferimento agli *“enti”*.

È stato eliminato l'aggettivo *“tutte”*, che l'art. 143, co. 2 del previgente codice riferiva alle condizioni normativamente richieste per l'affidamento riservato, in quanto superfluo ed implicito nell'elenco delle suddette condizioni.

Inoltre, è stato collocato in un apposito comma (**co. 3**) il **divieto di riaffidamento infratriennale**, precedentemente inserita nell'art. 143, co. 2, lett. d) D.Lgs. 50/2016 tra le *“condizioni”* per la riserva.

In ogni caso, la **durata massima** del contratto non può superare i **tre anni (co. 4)**.

Art. 130 – Servizi di ristorazione

1. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 127, i servizi di ristorazione indicati nell'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. La valutazione dell'offerta tecnica tiene conto, in particolare, tramite l'attribuzione di un punteggio premiale:

a) della qualità dei generi alimentari, con particolare riferimento ai prodotti biologici, tipici e tradizionali, ai prodotti a denominazione protetta, nonché ai prodotti provenienti da sistemi di filiera corta e da operatori dell'agricoltura sociale;

b) del rispetto delle disposizioni ambientali in materia di economia sostenibile (green economy), nonché dei pertinenti criteri ambientali minimi di cui all'articolo 57;

c) della qualità della formazione degli operatori.

2. Per l'affidamento e la gestione dei servizi di refezione scolastica e di fornitura di alimenti e prodotti agroalimentari agli asili nido, alle scuole dell'infanzia, alle scuole primarie, alle scuole secondarie di primo e di secondo grado e alle altre strutture pubbliche che abbiano come utenti bambini e giovani fino a diciotto anni di età, resta fermo l'obbligo di cui all'articolo 4, comma 5-quater del decreto legge 12 settembre 2013, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2013, n. 128.

3. Le istituzioni pubbliche che gestiscono mense scolastiche e ospedaliere possono prevedere, nelle gare concernenti i relativi servizi di fornitura, nel rispetto dell'articolo 6, comma 1, della legge 18 agosto 2015, n. 141, criteri di priorità per l'inserimento di prodotti agroalimentari provenienti da operatori dell'agricoltura sociale.

4. Con decreti del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della sicurezza energetica e con il Ministro dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste, sono definite e aggiornate le linee di indirizzo nazionale per la ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica. Fino all'adozione di dette linee

di indirizzo, le stazioni appaltanti individuano nei documenti di gara le specifiche tecniche finalizzate a garantire la qualità del servizio richiesto.

L'articolo disciplina i "servizi di ristorazione", distinti dai "servizi sostitutivi di mensa" ex art. 131 del codice, a differenza del previgente art. 144 D.Lgs. 50/2016, che contemplava ambedue le discipline.

Il **co. 1** elenca i **criteri specifici** di valutazione delle offerte.

I **co. 2-3** mantengono il **richiamo alla normativa speciale** inerente alla refezione scolastica, assistenziale ed ospedaliera.

Art. 131 – Servizi sostitutivi di mensa

1. *L'attività di emissione di buoni pasto ha per scopo l'erogazione del servizio sostitutivo di mensa aziendale per il tramite di esercizi convenzionati, a mezzo di buoni pasto o di altri titoli rappresentativi di servizi.*
2. *L'affidamento dei servizi sostitutivi di cui al presente articolo è riservato a società di capitali, con capitale versato non inferiore a 750.000 euro e costituite con tale specifico oggetto sociale, il cui bilancio deve essere corredato della relazione redatta da una società di revisione iscritta nel registro istituito presso il Ministero della giustizia ai sensi dell'articolo 2409-bis del codice civile.*
3. *Il possesso dei requisiti di cui al comma 2 deve essere provato mediante preventiva segnalazione certificata di inizio attività, redatta dai rappresentanti legali della società e trasmessa, ai sensi dell'articolo 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241, al Ministero delle imprese e del made in Italy.*
4. *Gli operatori economici attivi nel settore dell'emissione di buoni pasto aventi sede in altri Paesi dell'Unione europea possono esercitare l'attività se a ciò autorizzati in base alle norme del Paese di appartenenza.*
5. *L'affidamento dei servizi di cui al presente articolo avviene esclusivamente con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. Il bando di gara stabilisce i criteri di valutazione dell'offerta pertinenti, tra cui:*
 - a) *il ribasso sul valore nominale del buono pasto;*
 - b) *la rete degli esercizi da convenzionare, con specifica valorizzazione, in sede di attribuzione dei punti o dei pesi, delle caratteristiche qualitative che connotano il servizio sostitutivo di mensa offerto dalla rete di esercizi selezionata;*
 - c) *lo sconto incondizionato verso gli esercenti, in misura non superiore al 5 per cento del valore nominale del buono pasto. Tale sconto incondizionato remunera altresì ogni eventuale servizio aggiuntivo offerto agli esercenti;*
 - d) *i termini di pagamento agli esercizi convenzionati;*
 - e) *il progetto tecnico.*
6. *L'allegato II.17 individua gli esercizi presso cui può essere erogato il servizio sostitutivo di mensa, le caratteristiche dei buoni pasto e il contenuto degli accordi stipulati tra le società di emissione dei buoni e i titolari degli esercizi convenzionabili. Nel caso di buoni pasto in forma elettronica è garantito agli esercizi convenzionati un unico terminale di pagamento. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato II.17 è*

abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle imprese e del made in Italy, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

7. Ai fini del possesso della rete di esercizi attraverso cui si espleta il servizio sostitutivo di mensa, eventualmente richiesto come criterio di partecipazione o di aggiudicazione, è sufficiente l'assunzione, da parte dell'operatore economico, dell'impegno all'attivazione della rete stessa entro un congruo termine dal momento dell'aggiudicazione, fissato in sede di bando. La mancata attivazione della rete richiesta entro il termine indicato comporta la decadenza dell'aggiudicazione.

8. Le stazioni appaltanti che acquistano i buoni pasto, le società di emissione e gli esercizi convenzionati consentono, ciascuno nell'esercizio della rispettiva attività contrattuale e delle obbligazioni di propria pertinenza, la utilizzabilità del buono pasto per l'intero valore nominale.

La disciplina dei *"servizi sostitutivi di mensa"* è stata **scorporata** da quella avente ad oggetto i servizi di ristorazione.

Senza particolari modifiche rispetto all'**art. 144 D.Lgs. 50/2016**, il **co. 1** definisce l'**ambito oggettivo** della disposizione; i **co. 2-4** indicano i **requisiti degli operatori economici**, nazionali ed aventi sede in altri Paesi dell'Unione europea, mentre il **co. 3** disciplina le **modalità di dimostrazione** dei medesimi.

La normativa sulle modalità di erogazione del servizio è stata trasfusa nell'**Allegato IV**, relativo ai servizi sociali.

Il **co. 5** recepisce l'art. 26-bis D.L. 50/2022, convertito in L. 91/2022, in ordine ai **criteri di valutazione dell'offerta**.

Il **co. 6** rimette all'**Allegato II.17** l'individuazione degli esercizi presso cui può essere erogato il servizio sostitutivo di mensa, delle caratteristiche dei buoni pasto e del contenuto degli accordi stipulati tra le società di emissione dei buoni e i titolari degli esercizi convenzionabili. Nel caso di **buoni pasto in forma elettronica** si garantisce agli esercizi convenzionati un **unico terminale di pagamento**.

TITOLO III

I CONTRATTI NEL SETTORE DEI BENI CULTURALI

Art. 132 – Disciplina comune applicabile ai contratti nel settore dei beni culturali

1. *Le disposizioni del presente Titolo dettano la disciplina relativa a contratti concernenti i beni culturali tutelati ai sensi del codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, nonché relativi all'esecuzione di scavi archeologici, anche subacquei. Per quanto non diversamente disposto, trovano applicazione le pertinenti disposizioni del codice.*

2. *Ai contratti concernenti i beni culturali, in considerazione della specificità del settore ai sensi dell'articolo 36 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, non si applica l'istituto dell'avvalimento, di cui all'[articolo 104](#).*

Il Titolo III si concentra sul settore dei beni culturali, di cui anche la legge delega rimarca la specialità. La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** sottolinea che “*diversamente da quanto avvenuto in occasione della redazione del decreto legislativo n. 50 del 2016, che dedicava ai beni culturali un piccolo corpus normativo (Capo III della Sezione IV), si è preferito, in occasione di questo intervento sul Codice dei contratti pubblici, mantenere a livello di normazione primaria un numero ridotto di disposizioni, le quali vengono ad essere completate, da un lato, dal Codice dei beni culturali (decreto legislativo n. 42 del 2004), e, dall'altro, per gli aspetti più di dettaglio, dalla fonte regolamentare, allo stato rappresentata dal d.m. 22 agosto 2017, n. 154. Conseguentemente, sono stati mantenuti nel Codice solo tre articoli, rinviandosi all'allegato II.18 per la disciplina attuativa e di dettaglio*”.

Il **co. 1** disciplina l'assetto normativo dei contratti relativi al settore dei beni culturali nell'ambito dell'impianto del Codice, là dove il **co. 2** ribadisce il **divieto di avvalimento** per i contratti del settore dei beni culturali, già previsto dall'**art. 146, co. 3 D.Lgs. 50/2016**.

In proposito la **Corte costituzionale (sent. 91/2022)** ne ha dichiarato la legittimità costituzionale.

Art. 133 – Requisiti di qualificazione

Per i lavori di cui al presente Titolo, i requisiti di qualificazione dei soggetti esecutori e dei direttori tecnici, nonché i livelli e i contenuti della progettazione e le modalità del collaudo sono individuati nell'allegato II.18. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato II.18 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro della cultura, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

Si prevede un **rinvio alla fonte regolamentare** per gli aspetti di maggiore dettaglio in tema di requisiti di qualificazione sia dei soggetti esecutori dei lavori nel settore dei beni culturali sia dei direttori tecnici, nonché in tema di livelli e contenuto della progettazione, di varianti, di lavori di somma urgenza e di collaudo.

Allo stato la disciplina di dettaglio è fissata dall'**Allegato II.18**, abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'art. 17, comma 3, della L. 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro della cultura, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che lo sostituirà integralmente anche in qualità di allegato al codice.

Art. 134 – Contratti gratuiti e forme speciali di partenariato

1. *Per tutte le attività finalizzate alla tutela e alla valorizzazione dei beni culturali, l'amministrazione può stipulare contratti gratuiti, ai sensi dell'articolo 8, comma 1, del codice, ferme restando le prescrizioni dell'amministrazione preposta alla loro tutela in ordine alla progettazione e all'esecuzione delle opere e delle forniture e alla direzione dei lavori e al loro collaudo.*

2. *Per assicurare la fruizione del patrimonio culturale della nazione e favorire altresì la ricerca scientifica applicata alla sua tutela o alla sua valorizzazione, lo Stato, le regioni e gli enti territoriali possono, con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente, attivare forme speciali di partenariato con enti e organismi pubblici e con soggetti privati, dirette a consentire il recupero, il restauro, la manutenzione programmata, la gestione, l'apertura alla pubblica fruizione e la valorizzazione di beni culturali, attraverso procedure semplificate di individuazione del partner privato analoghe o ulteriori rispetto a quelle previste dall'articolo 8.*

3. *Resta fermo quanto previsto ai sensi dell'articolo 106, comma 2-bis, del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42.*

4. *L'affidamento di contratti di sponsorizzazione di lavori, servizi o forniture per importi superiori a 40.000 euro, mediante dazione di danaro o accollo del debito, o altre modalità di assunzione del pagamento dei corrispettivi dovuti, ivi compresi quelli relativi a beni culturali nonché ai contratti di sponsorizzazione finalizzati al sostegno degli istituti e dei luoghi della cultura, di cui all'articolo 101 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, delle fondazioni lirico-sinfoniche e dei teatri di tradizione, è soggetto esclusivamente alla previa pubblicazione sul sito internet della stazione appaltante, per almeno trenta giorni, di apposito avviso, con il quale si rende nota la ricerca di sponsor per specifici interventi, ovvero si comunica l'avvenuto ricevimento di una proposta di sponsorizzazione, indicando sinteticamente il contenuto del contratto proposto. Trascorso il periodo di pubblicazione dell'avviso, il contratto può essere liberamente negoziato, purché nel rispetto dei principi di imparzialità e di parità di trattamento fra gli operatori che abbiano manifestato interesse, fermo restando il rispetto degli articoli 66, 94, 95, 97 e 100 in ordine alla verifica dei requisiti degli esecutori e della qualificazione degli operatori economici. Nel caso in cui lo sponsor intenda realizzare i lavori, prestare i servizi o le forniture direttamente a sua cura e spese, resta ferma la necessità di verificare il possesso dei requisiti degli esecutori, nel rispetto dei principi e dei limiti europei in materia e non trovano applicazione le disposizioni nazionali e regionali in materia di contratti*

pubblici di lavori, servizi e forniture, ad eccezione di quelle sulla qualificazione dei progettisti e degli esecutori. La stazione appaltante e l'amministrazione preposta alla tutela dei beni culturali impartiscono opportune prescrizioni in ordine alla progettazione, all'esecuzione delle opere o forniture e alla direzione dei lavori e collaudo degli stessi.

La disposizione corrisponde all'**art. 151 D.Lgs. 50/2016** e si sofferma sulla collaborazione tra pubblico e privato nello svolgimento di attività finalizzate alla tutela e alla valorizzazione dei beni culturali (spesso nelle forme della **sponsorizzazione** e del **partenariato**).

Il **co. 1** nel riferirsi alla "**valorizzazione**" dei beni culturali, oltre che alla loro tutela, risponde alle sollecitazioni dottrinarie.

Tali collaborazioni sono ricondotte dal co. 1, tramite rinvio alla disciplina comune, all'ampia categoria dei **contratti gratuiti** ex art. 8, co. 1 del codice.

Il **co. 2** prevede la possibilità che l'attivazione di forme speciali di partenariato sia estesa anche ai **beni culturali mobili**, oltre che agli immobili, eliminando il precedente riferimento ai soli beni immobili di cui all'art. 151, co. 3 D.Lgs. 50/2016.

Alla **sponsorizzazione** è infine dedicato l'intero **co. 4**, che costituisce l'unica norma del codice ad occuparsi in modo diretto ed esclusivo del contratto di sponsorizzazione, la cui regolamentazione viene disposta con esplicito riferimento ai soli beni culturali.

TITOLO IV

I SERVIZI DI RICERCA E SVILUPPO

Art. 135 – Servizi di ricerca e sviluppo

1. *Relativamente ai servizi di ricerca e sviluppo, le disposizioni del codice si applicano esclusivamente ai contratti relativi ai servizi di cui all'allegato II.19, a condizione che:*

- a) i risultati appartengano esclusivamente alla stazione appaltante, per essere destinati all'esercizio della propria attività;*
- b) la prestazione del servizio sia interamente retribuita dalla stazione appaltante.*

2. *Le stazioni appaltanti possono ricorrere, in applicazione dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3, agli appalti pubblici pre-commerciali, che rispettino le condizioni delle lettere a) e b) del comma 1, quando:*

- a) siano destinati al conseguimento di risultati non appartenenti in via esclusiva alla stazione appaltante, che li usi nell'esercizio della propria attività;*
- b) la prestazione del servizio non sia interamente retribuita dalla stazione appaltante;*
- c) l'esigenza non possa essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato.*

3. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato di cui al comma 1 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro dell'università e della ricerca di concerto con il Ministro delle imprese e del made in Italy, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

L'articolo, in linea con l'art. 158 D.Lgs. 50/2016, disciplina l'affidamento dei servizi di ricerca e sviluppo e gli appalti pre-commerciali, rinviando all'elenco di cui all'Allegato II.19 per l'individuazione dei settori interessati.

Il co. 2 elenca separatamente i **requisiti** in presenza dei quali le stazioni appaltanti possono ricorrere agli **appalti pre-commerciali**.

TITOLO V

I CONTRATTI NEL SETTORE DELLA DIFESA E SICUREZZA. I CONTRATTI SECRETATI

Art. 136 – Difesa e sicurezza

1. Le disposizioni del codice si applicano ai contratti aggiudicati nei settori della difesa e della sicurezza, ad eccezione dei contratti:

- a) che rientrano nell'ambito di applicazione del decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 208;
- b) ai quali non si applica neanche il decreto legislativo n. 208 del 2011, in virtù dell'articolo 6 del medesimo decreto.

2. L'applicazione del codice è in ogni caso esclusa per gli appalti pubblici e per i concorsi di progettazione, quando la tutela degli interessi essenziali di sicurezza dello Stato non possa essere garantita mediante misure idonee e volte anche a proteggere la riservatezza delle informazioni che le amministrazioni aggiudicatrici rendono disponibili in una procedura di aggiudicazione dell'appalto.

3. All'aggiudicazione di concessioni nei settori della difesa e della sicurezza, di cui al decreto legislativo n. 208 del 2011, si applica il Libro IV del codice fatta eccezione per le concessioni relative alle ipotesi alle quali non si applica neanche il decreto legislativo n. 208 del 2011 in virtù dell'articolo 6 del medesimo decreto.

4. Per i contratti di cui al presente articolo nonché per gli interventi da eseguire in Italia e all'estero per effetto di accordi internazionali, multilaterali o bilaterali, e anche per i lavori in economia eseguiti a mezzo delle truppe e dei reparti del Genio militare per i quali non si applicano i limiti di importo di cui all'articolo 14, si applica l'allegato II.20. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato II.20 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della

legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro della difesa, adottato di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

5. Per gli acquisti eseguiti all'estero dall'amministrazione della difesa, relativi a macchinari, strumenti e oggetti di precisione, che possono essere forniti, con i requisiti tecnici e il grado di perfezione richiesti, soltanto da operatori economici stranieri, possono essere concesse anticipazioni di importo non superiore ad un terzo dell'importo complessivo del prezzo contrattuale, previa costituzione di idonea garanzia.

Si veda *sub art. 138*.

Art. 137 – Contratti misti concernenti aspetti di difesa e sicurezza

1. Ai contratti misti aventi per oggetto appalti o concessioni rientranti nell'ambito di applicazione del codice nonché appalti disciplinati dall'articolo 346 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea o dal decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 208, si applicano le seguenti disposizioni.

2. Se le diverse parti di un determinato appalto o di una concessione sono oggettivamente separabili, si applicano i commi da 3 a 5. Se non sono separabili, si applica il comma 6.

3. Se le stazioni appaltanti scelgono di aggiudicare un appalto o una concessione distinti per le parti separate, il regime giuridico applicabile a ciascuno di tali contratti distinti è determinato in base alle caratteristiche della parte separata.

4. Se le stazioni appaltanti scelgono di aggiudicare un appalto unico o una concessione unica, il relativo regime giuridico si determina sulla base dei seguenti criteri:

a) se una parte dell'appalto o della concessione è disciplinata dall'articolo 346 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, l'appalto unico o la concessione unica possono essere aggiudicati senza applicare il codice né il decreto legislativo n. 208 del 2011, purché le rispettive aggiudicazioni siano giustificate da ragioni oggettive;

b) se una parte di un appalto o una concessione è disciplinata dal decreto legislativo n. 208 del 2011, l'appalto unico o la concessione unica possono essere aggiudicati conformemente a tale decreto, purché le rispettive aggiudicazioni siano giustificate da ragioni oggettive. Sono fatte salve le soglie e le esclusioni previste dallo stesso decreto legislativo n. 208 del 2011.

5. La decisione di aggiudicare un appalto unico o una concessione unica non può essere adottata allo scopo di escludere l'applicazione del codice o del decreto legislativo n. 208 del 2011.

6. Se le diverse parti di un appalto o di una concessione sono oggettivamente non separabili, l'appalto o la concessione possono essere aggiudicati senza applicare il codice ove includa elementi cui si applica l'articolo 346 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea; altrimenti può essere aggiudicato conformemente al decreto legislativo n. 208 del 2011.

Si veda *sub art. 138*.

Art. 138 – Contratti e concorsi di progettazione aggiudicati o organizzati in base a norme internazionali

1. *Il codice non si applica agli appalti pubblici e ai concorsi di progettazione e alle concessioni in materia di difesa o di sicurezza di cui al decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 208, qualora essi siano disciplinati da:*

- a) norme procedurali specifiche in base a un accordo o un'intesa internazionale conclusi in conformità dei trattati dell'Unione europea, tra lo Stato e uno o più Paesi terzi o relative articolazioni e riguardante lavori, forniture o servizi destinati alla realizzazione comune o alla gestione comune di un progetto;*
- b) norme procedurali specifiche in base a un accordo o un'intesa internazionale in relazione alla presenza di truppe di stanza e concernente imprese di uno Stato membro o di un Paese terzo;*
- c) norme procedurali specifiche di un'organizzazione internazionale nel caso di appalti;*
- d) norme procedurali specifiche di un'organizzazione internazionale che si approvvigiona per le proprie finalità o a concessioni che devono essere aggiudicate da uno Stato membro in conformità di tali norme.*

2. *Gli accordi o le intese di cui al comma 1, lettera a), relativi ad appalti sono comunicati alla Commissione europea.*

3. *Il codice non si applica agli appalti pubblici e ai concorsi di progettazione concernenti aspetti di difesa o di sicurezza che la stazione appaltante aggiudica in base a norme sugli appalti previste da un'organizzazione internazionale o da un'istituzione internazionale di finanziamento, quando gli appalti pubblici e i concorsi di progettazione in questione sono interamente finanziati da tale organizzazione o istituzione. Nel caso di appalti pubblici e concorsi di progettazione cofinanziati prevalentemente da un'organizzazione internazionale o da un'istituzione internazionale di finanziamento, le parti si accordano sulle procedure d'appalto applicabili.*

La disciplina sovranazionale prevede per il settore della difesa una **normativa speciale, autonoma e autosufficiente** rispetto alla disciplina generale dei contratti pubblici (**direttiva 81/2009/CEE**, salvaguardata dagli artt. 14 direttiva 2014/24/UE e 24 direttiva 2014/25/UE).

Gli **artt. 1, co. 6 e 159-163 D.Lgs. 50/2016**, in quanto residuali, rinviavano al **D.Lgs. 208/2011**, attuativo della richiamata direttiva, nonché all'art. 346 TFUE per le ipotesi in cui risultassero non applicabili né il codice né il decreto legislativo. Restavano affidati alla disciplina codicistica le disposizioni in materia di RUP, di contratti misti e di contratti aggiudicati o organizzati in base a norme internazionali.

La disposizione dell'**art. 136** (sostitutiva dell'art. 159 D.Lgs. 50/2016) incorpora l'art. 1, co. 6 D.Lgs. 50/2016, mentre il **co. 2** valorizza la (ulteriore e generale) causa di esclusione dall'ambito del codice, correlata alla applicazione dell'art. 346 TFUE.

In merito ai **contratti della difesa**, l'**art. 136 del codice** si riferisce, come la normativa previgente, ai **concorsi di progettazione (co. 2)** ed alle **concessioni (co. 3)**, con un richiamo generale al Libro IV.

Nelle more della approvazione, con decreto del Ministro della Difesa, delle direttive generali di cui all'**art. 136, co. 4 del codice**, la disciplina transitoria contenuta nel d.P.R. 236/2012 è stata incorporata nell'**Allegato II.20**, che semplifica la normativa specifica sulle procedure di affidamento in materia di difesa e sicurezza.

Art. 139 – Contratti secretati

1. *Le disposizioni del codice relative alle procedure di affidamento possono essere derogate: a) per i contratti al cui oggetto, atti o modalità di esecuzione è attribuita una classifica di segretezza; b) per i contratti la cui esecuzione deve essere accompagnata da speciali misure di sicurezza, in conformità a disposizioni legislative, regolamentari o amministrative.*

2. *Ai fini della deroga di cui al comma 1, lettera a), le stazioni appaltanti attribuiscono, con provvedimento motivato, le classifiche di segretezza ai sensi dell'articolo 42 della legge 3 agosto 2007, n. 124, ovvero di altre norme vigenti, dando conto delle cause specifiche che giustificano la stipulazione di un contratto secretato, con particolare riguardo ai presupposti previsti per ciascuna classifica. Ai fini della deroga di cui al comma 1, lettera b), le stazioni appaltanti dichiarano, con provvedimento motivato, i lavori, i servizi e le forniture eseguibili con speciali misure di sicurezza individuate nel predetto provvedimento, precisando le cause che esigono tali misure.*

3. *I contratti di cui al comma 1 sono eseguiti da operatori economici in possesso dei requisiti previsti dal codice, nonché del nulla osta di sicurezza, ai sensi e nei limiti di cui all'articolo 42, comma 1-bis, della legge 3 agosto 2007, n. 124.*

4. *L'affidamento dei contratti di cui al presente articolo avviene previo esperimento di gara informale a cui sono invitati almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto del contratto e sempre che la negoziazione con più di un operatore economico sia compatibile con le esigenze di segretezza e sicurezza.*

5. *La Corte dei conti, tramite la Sezione centrale per il controllo dei contratti secretati, esercita il controllo preventivo sui provvedimenti motivati di cui al comma 2, il controllo preventivo sulla legittimità e sulla regolarità dei contratti di cui al presente articolo, nonché il controllo sulla regolarità, correttezza ed efficacia della gestione. Dell'attività di cui al presente comma è dato conto entro il 30 giugno di ciascun anno in una relazione al Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica.*

La disposizione, sulla scia dell'art. 162 D.Lgs. 50/2016, disciplina i contratti secretati, il cui ambito, in presenza delle esigenze di segretezza di cui al co. 1, non è limitato al settore della Difesa, ma si estende a tutte le Amministrazioni.

Il riferimento agli "enti utenti" (art. 162, co. 2 D.Lgs. 50/2016) è stato espunto.

Per quanto attiene al coordinamento con la disciplina del settore della Difesa, la **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** evidenzia che "i relativi contratti secretati non sono assoggettati alla disciplina dell'art. 139, la quale trova applicazione, alla luce dell'art. 136, in via residuale".

Il co. 5, conforme all'art. 5, co. 1 bis, D.L. 28/2020, convertito in L. 70/20, prevede: l'istituzione di un **Sezione (e non di un mero Ufficio) della Corte dei conti**, che esercita il controllo preventivo sulla legittimità e sulla regolarità dei contratti secretati, nonché sulla regolarità, correttezza ed efficacia della gestione; l'assoggettamento a controllo preventivo dei provvedimenti di attribuzione della qualifica di segretezza, con estensione a tutti i provvedimenti di secretazione, nonché di assoggettamento a speciali misure di sicurezza; la destinazione della prevista relazione non più al Parlamento, ma al **COPASIR**.

La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** sottolinea come *“la formulazione della disposizione risult[i], in definitiva, coerente con l’indicazione del criterio della legge delega, il quale impone precisione nella indicazione delle cause che giustificano la stipulazione di contratti segreti, o che esigono particolari misure di sicurezza, e impone la specificazione delle relative modalità attuative”*.

Il **co. 2** richiede per i provvedimenti di secretazione una **motivazione specifica** delle cause che giustificano la stipulazione di un contratto secretato e delle ragioni sottostanti alla individuazione della specifica classificazione scelta, soffermandosi sulla necessità di speciali misure di sicurezza, utilizzando i parametri *ex art. 42 L. 124/2007*.

TITOLO VI

LE PROCEDURE IN CASO DI SOMMA URGENZA E DI PROTEZIONE CIVILE

Art. 140 – Procedura in caso di somma urgenza e di protezione civile

1. *In circostanze di somma urgenza che non consentono alcun indugio, al verificarsi di eventi di danno o di pericolo imprevisi o imprevedibili idonei a determinare un concreto pregiudizio alla pubblica e privata incolumità, ovvero nella ragionevole previsione dell'imminente verificarsi degli stessi, chi fra il RUP o altro tecnico dell'amministrazione competente si reca prima sul luogo può disporre la immediata esecuzione dei lavori entro il limite di 500.000 euro o di quanto indispensabile per rimuovere lo stato di pregiudizio alla pubblica e privata incolumità. Ricorrendo i medesimi presupposti, il soggetto di cui al precedente periodo può disporre l'immediata acquisizione di servizi o forniture entro il limite di quanto indispensabile per rimuovere lo stato di pregiudizio alla pubblica e privata incolumità e, comunque, nei limiti della soglia europea. Il soggetto che dispone, ai sensi del presente comma, l'immediata esecuzione di lavori o l'immediata acquisizione di servizi o forniture redige, contemporaneamente, un verbale in cui sono indicati la descrizione della circostanza di somma urgenza, le cause che l'hanno provocata e i lavori, i servizi e le forniture da porre in essere per rimuoverla.*

2. *L'esecuzione dei lavori e l'acquisizione dei servizi e delle forniture di somma urgenza può essere affidata in forma diretta e in deroga alle procedure di cui agli [articoli 37](#) e [41](#) del codice a uno o più operatori economici individuati dal RUP o da altro tecnico dell'amministrazione competente.*

3. *Il corrispettivo delle prestazioni ordinate è definito consensualmente con l'affidatario; in difetto di preventivo accordo il RUP può ingiungere all'affidatario l'esecuzione di forniture, servizi o lavorazioni o la somministrazione dei materiali sulla base di prezzi definiti mediante l'utilizzo di prezzari ufficiali di riferimento, ridotti del 20 per cento. I prezzi di cui al primo periodo, se relativi all'esecuzione di lavori, sono comunque ammessi nella contabilità e, se relativi all'acquisizione di forniture e servizi, sono allegati al verbale e sottoscritti dall'operatore economico; ove l'esecutore non iscriva riserva negli atti contabili, i prezzi si intendono definitivamente accettati.*

4. Il RUP o altro tecnico dell'amministrazione competente compila una perizia giustificativa delle prestazioni richieste entro dieci giorni dall'ordine di esecuzione e la trasmette, unitamente al verbale di somma urgenza, alla stazione appaltante che provvede alla copertura della spesa e alla approvazione della prestazione affidata. Qualora l'amministrazione competente sia un ente locale, la copertura della spesa è assicurata con le modalità previste dagli articoli 191, comma 3, e 194 comma 1, lettera e), del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267.

5. Qualora un servizio, una fornitura, un'opera o un lavoro, ordinato per motivi di somma urgenza, non ottenga l'approvazione del competente organo dell'amministrazione, la relativa esecuzione è sospesa immediatamente e si procede, previa messa in sicurezza del cantiere in caso di lavori, alla sospensione della prestazione e alla liquidazione dei corrispettivi dovuti per la parte realizzata.

6. Costituisce circostanza di somma urgenza, ai fini del presente articolo, anche il verificarsi degli eventi di cui all'articolo 7 del codice della protezione civile, di cui al decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, ovvero la ragionevole previsione dell'imminente verificarsi degli stessi, che richiede l'adozione di misure indilazionabili, nei limiti dello stretto necessario. La circostanza di somma urgenza, in tali casi, è ritenuta persistente finché non risultino eliminate le situazioni dannose o pericolose per la pubblica o privata incolumità derivanti dall'evento, e comunque per un termine non superiore a quindici giorni dall'insorgere dell'evento, oppure entro il termine stabilito dalla eventuale declaratoria dello stato di emergenza di cui all'articolo 24 del codice di cui al decreto legislativo n. 1 del 2018; in tali circostanze ed entro i medesimi limiti temporali le stazioni appaltanti possono affidare appalti pubblici di lavori, servizi e forniture con le procedure previste dal presente articolo.

7. Qualora si adottino le procedure di affidamento in condizioni di somma urgenza previste dal presente articolo, nonché, limitatamente ad emergenze di protezione civile, le procedure di cui all'articolo 76, comma 2, lettera c), e vi sia l'esigenza impellente di assicurare la tempestiva esecuzione del contratto, gli affidatari dichiarano, mediante autocertificazione, resa ai sensi del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, il possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura ordinaria. La stazione appaltante controlla il possesso dei requisiti in un termine congruo, compatibile con la gestione della situazione di emergenza in atto e comunque non superiore a sessanta giorni dall'affidamento. La stazione appaltante dà conto, con adeguata motivazione, nel primo atto successivo alle verifiche effettuate, della sussistenza dei relativi presupposti; in ogni caso non è possibile procedere al pagamento, anche parziale, in assenza delle relative verifiche con esito positivo. Qualora, a seguito del controllo, sia accertato l'affidamento a un operatore privo dei predetti requisiti, la stazione appaltante recede dal contratto, fatto salvo il pagamento del valore delle prestazioni eseguite e il rimborso delle spese eventualmente sostenute per l'esecuzione della parte rimanente, nei limiti delle utilità conseguite, e procede alle segnalazioni alle competenti autorità.

8. In via eccezionale, nella misura strettamente necessaria, l'affidamento diretto può essere autorizzato anche al di sopra dei limiti di cui al comma 1, per un arco temporale limitato, comunque non superiore a trenta giorni e solo per singole specifiche fattispecie indilazionabili e nei limiti massimi di importo stabiliti nei provvedimenti di cui al comma 2, dell'articolo 24 del codice di cui al decreto legislativo n. 1 del 2018. L'affidamento diretto per i motivi di cui al presente articolo non è comunque ammesso per appalti di lavori di importo pari o superiore alla soglia europea e per appalti di servizi e forniture di importo pari o superiore al triplo della soglia europea.

9. Limitatamente agli appalti pubblici di forniture e servizi di cui ai commi 3 e 6, di importo pari o superiore a 140.000 euro, per i quali non siano disponibili elenchi di prezzi definiti mediante l'utilizzo di prezzari ufficiali

di riferimento, quando i tempi resi necessari dalla circostanza di somma urgenza non consentano il ricorso alle procedure ordinarie, gli affidatari si impegnano a fornire i servizi e le forniture richiesti ad un prezzo provvisorio stabilito consensualmente tra le parti e ad accettare la determinazione definitiva del prezzo a seguito di apposita valutazione di congruità.

10. Sul sito istituzionale dell'ente sono pubblicati gli atti relativi agli affidamenti di cui al presente articolo, con specifica indicazione dell'affidatario, delle modalità della scelta e delle motivazioni che non hanno consentito il ricorso alle procedure ordinarie. Contestualmente, e comunque in un termine congruo compatibile con la gestione della situazione di emergenza, sono trasmessi all'ANAC per i controlli di competenza, fermi restando i controlli di legittimità sugli atti previsti dalle vigenti normative.

11. In occasione degli eventi per i quali è dichiarato lo stato di emergenza di rilievo nazionale ai sensi dell'articolo 24 del codice di cui al decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, ferma restando la facoltà di prevedere ulteriori misure derogatorie consentite nell'ambito dei provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 25 del medesimo codice di cui al decreto legislativo n. 1 del 2018, gli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi possono essere affidati in deroga alle seguenti disposizioni del presente codice:

a) articolo 14, comma 12, lettera a), per consentire l'autonoma determinazione del valore stimato degli appalti per l'acquisizione di beni e servizi omogenei e analoghi, caratterizzati da regolarità, da rinnovare periodicamente entro il periodo emergenziale;

b) articolo 15, comma 2, primo periodo, relativamente alla necessaria individuazione del RUP tra i dipendenti della stazione appaltante o dell'ente concedente, per consentire alle stazioni appaltanti, ove strettamente necessario, di individuare il RUP tra soggetti idonei anche estranei alle stazioni appaltanti medesime, purché dipendenti di ruolo di altri soggetti o enti pubblici;

c) articolo 37, relativamente alla necessaria previa programmazione dei lavori e degli acquisiti di beni e servizi, per consentire alle stazioni appaltante di affidare l'appalto anche in assenza della previa programmazione del relativo intervento;

d) articolo 49, per consentire alle stazioni appaltanti la semplificazione della procedura di affidamento e l'adeguamento della sua tempistica alle esigenze del contesto emergenziale, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea;

e) articolo 108, commi 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 11, per consentire l'utilizzo generalizzato del criterio del minor prezzo.

12. Fermo quanto previsto dal presente articolo per gli appalti affidati in somma urgenza, in occasione degli eventi emergenziali di cui all'articolo 7, comma 1, lettere b) e c), del codice di cui al decreto legislativo n. 1 del 2018, per i quali è stato dichiarato lo stato di emergenza regionale o nazionale ai sensi dell'articolo 24 del predetto codice, ovvero nella ragionevole previsione dell'imminente verificarsi degli stessi, anche in mancanza del provvedimento di cui all'articolo 23 del predetto codice:

a) gli importi di cui all'articolo 50, comma 1, del presente codice sono raddoppiati, nei limiti delle soglie di cui all'articolo 14, per i contratti di lavori, servizi e forniture di cui all'articolo 25, comma 2, lettere a), b) e d), del codice di cui al decreto legislativo n. 1 del 2018;

b) il termine temporale di cui al comma 4 del presente articolo è stabilito in trenta giorni;

c) l'amministrazione competente è identificata nel soggetto attuatore, ove individuato, di cui al comma 6 dell'articolo 25 del codice di cui al decreto legislativo n. 1 del 2018.

Rispetto al previgente **art. 163, D.lgs. 50/2016**, si segnalano le seguenti **novità**:

- è stato elevato a **500.000 euro** (rispetto ai previgenti 200.000) il limite entro il quale può essere disposta la immediata esecuzione dei lavori o di quanto indispensabile per rimuovere lo stato di pregiudizio alla pubblica e privata incolumità;
- al **co. 6** è stato **aggiornato** (con il richiamo al **D.lgs. 1/2008**) il riferimento al D.lgs. 225/1992;
- per i servizi e le forniture è stata introdotta la **soglia di euro 140.000**, in linea con la disciplina generale del codice (**co. 9**);
- è stato **soppresso il parere di congruità affidato all'ANAC dall'art. 163, co. 9 d.lgs. 50/2016**, fonte di aggravio procedimentale;
- sono stati inseriti i **co. 11 e 12**, prevedenti, in occasione degli eventi per i quali è dichiarato lo stato di emergenza di rilievo nazionale, la possibilità di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture in **deroga** a svariate disposizione del codice.

LIBRO TERZO

DELL'APPALTO NEI SETTORI SPECIALI

PARTE I

DISPOSIZIONI GENERALI

Art. 141 – Ambito e norme applicabili

1. *Le disposizioni del presente Libro si applicano alle stazioni appaltanti o agli enti concedenti che svolgono una delle attività previste dagli articoli da 146 a 152. Le disposizioni del presente Libro si applicano, altresì, agli altri soggetti che annoverano tra le loro attività una o più tra quelle previste dagli articoli da 146 a 152 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi.*
2. *Le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi applicano le disposizioni del presente Libro solo per i contratti strumentali da un punto di vista funzionale a una delle attività previste dagli articoli da 146 a 152.*
3. *Ai contratti di cui al presente Libro si applicano, oltre alle sue disposizioni:*
 - a) *il Libro I, Parte I, Titolo I, eccetto l'articolo 6;*
 - b) *nell'ambito del Libro I, Parte I, Titolo II, gli articoli 13, 14, 16, 17 e 18. L'articolo 15 si applica solo alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti che sono amministrazioni aggiudicatrici;*
 - c) *il Libro I, Parte II;*
 - d) *nell'ambito del Libro I, Parte IV, gli articoli 41, 42, 43, 44, 45 e 46;*
 - e) *nell'ambito del Libro II, Parte II, gli articoli 57, 60 e 61;*
 - f) *nell'ambito del Libro II, Parte III, Titolo I, l'articolo 64;*
 - g) *nell'ambito del Libro II, Parte III, il Titolo II;*
 - h) *nell'ambito del Libro II, Parte V, Titolo IV, il Capo II si applica nei limiti di cui agli articoli 167, 168 e 169;*
 - i) *nell'ambito del Libro II, Parte VI, gli articoli 113, 119, 120 e 122.*
4. *Le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi hanno facoltà di adottare propri atti, con i quali possono in via preventiva:*
 - a) *istituire e gestire sistemi di qualificazione degli operatori economici;*
 - b) *prevedere una disciplina di adattamento delle funzioni del RUP alla propria organizzazione;*
 - c) *specificare la nozione di variante in corso d'opera in funzione delle esigenze proprie del mercato di appartenenza e delle caratteristiche di ciascun settore, nel rispetto dei principi e delle norme di diritto dell'Unione europea.*
5. *Le stazioni appaltanti o gli enti concedenti possono determinare le dimensioni dell'oggetto dell'appalto e dei lotti in cui eventualmente suddividerlo, senza obbligo di motivazione aggravata e tenendo conto delle esigenze del settore speciale in cui operano. Nel caso di suddivisione in lotti, le stazioni appaltanti o gli enti concedenti indicano nel bando di gara, nell'invito a confermare interesse o, quando il mezzo di indizione di gara è un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione, nell'invito a presentare offerte o a negoziare, se le offerte possono essere presentate per uno, per più o per l'insieme dei lotti.*

Il Libro III, Parte I si rifà, sia pur con alcune differenze, agli **artt. 114-121 D. Lgs. 50/2016**, i quali, attraverso specifiche disposizioni di esclusione, definivano *“in negativo”* l'ambito di applicazione della disciplina degli appalti nei settori speciali.

La riallocazione così disposta, pertanto, risponde all'obiettivo di assicurare **piena autonomia e autosufficienza** al Libro III del codice, fornendo una disciplina aderente alla direttiva 2014/25/UE sugli appalti nei settori speciali.

L'art. 141, quindi, individua l'ambito soggettivo di applicazione del Libro III (**co. 1, 2, 4**), nonché le **disposizioni generali** degli altri Libri che risultano **applicabili** ai settori speciali (**co. 3**). La disposizione va integrata con quanto disposto dagli **artt. 153 e 167**.

In particolare, il presente articolo:

- a) **ribadisce**, con minime modifiche rispetto alla disciplina vigente, la perimetrazione dell'ambito soggettivo relativo ai settori speciali, in conformità alla direttiva 2014/25/UE (**co. 1**);
- b) **semplifica** rispetto alla normativa vigente il riferimento alle modalità di attribuzione dei diritti speciali o esclusivi;
- c) stabilisce che le **imprese pubbliche e i privati titolari di diritti speciali o esclusivi** applicano le disposizioni del Libro III con il **limite della strumentalità** (**co. 2**), da intendersi in senso strettamente funzionale, secondo le indicazioni del diritto dell'Unione europea e della giurisprudenza;
- d) individua le **disposizioni dei Libri I e II applicabili** anche nell'ambito dei settori speciali (**co. 3**);
- e) elenca i **“poteri di autorganizzazione”** riconosciuti alle imprese pubbliche e ai privati titolari di diritti speciali o esclusivi (**co. 4**), ammettendo la possibilità di istituire e disciplinare autonomi sistemi di qualificazione, come previsto dall'**art. 168 del codice**, nonché di adottare una disciplina specifica sulle funzioni del RUP e di specificare in relazione alle proprie esigenze la nozione di *“variante in corso d'opera”*.

Il **co. 5** recepisce l'**art. 65, par. 1 della direttiva 2014/25/UE**, mirando così al superamento (in merito alla questione della suddivisione in lotti) di un caso di *“gold plating”* (art. 51 D.Lgs. 50/2016): ne deriva che se per i settori “ordinari”, l'art. 46 direttiva 2014/24/UE fissa il principio del c.d. *“apply or explain”* (imponendo un'adeguata motivazione per il caso di mancata suddivisione in lotti), al contrario, per i settori speciali tale **obbligo di specifica motivazione non è previsto** dall'art. 65 della direttiva.

La stessa **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato**, evidenziato che *“la scelta operata nel 2016 di estendere il richiamato obbligo di motivazione anche per gli affidamenti nei settori speciali rappresenta un caso di gold plating”*, precisa che *“nella logica dell'autoconclusività che caratterizza il Libro III del codice e al fine di superare le limitazioni non giustificate dal diritto dell'Unione europea, si è deciso di rimuovere l'obbligo di motivazione aggravata in tema di suddivisione in lotti per i settori speciali”*.

Art. 142 – Joint venture e affidamenti a imprese collegate

1. *Le disposizioni del codice non si applicano, quando ricorrano le condizioni di cui al comma 3, ai contratti aggiudicati: a) da una joint venture, composta esclusivamente da più stazioni appaltanti o enti concedenti per svolgere una o più delle attività di cui agli articoli da 146 a 152 e all'Allegato II alla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, a una di tali stazioni appaltanti o enti concedenti; b) da una stazione appaltante o ente concedente alla joint venture di cui fa parte.*

2. *Le disposizioni del codice non si applicano, altresì, se ricorrono le condizioni di cui al comma 4, ai contratti aggiudicati:*

a) da una stazione appaltante o ente concedente a un'impresa collegata;

b) da una joint venture, composta esclusivamente da più stazioni appaltanti o enti concedenti per svolgere le attività di cui agli articoli da 146 a 152, a un'impresa collegata a una di tali stazioni appaltanti o enti concedenti.

3. *La non applicabilità di cui al comma 1 opera a condizione che la joint venture sia stata costituita per lo svolgimento delle attività oggetto di affidamento per un periodo di almeno tre anni e che l'atto costitutivo preveda che le stazioni appaltanti o gli enti concedenti che la compongono ne facciano parte per un periodo di pari durata.*

4. *La non applicabilità di cui al comma 2 opera per gli appalti e concessioni di servizi e di lavori e per gli appalti di forniture, purché almeno l'80 per cento del fatturato totale realizzato in media dall'impresa collegata nell'ultimo triennio, tenendo conto di tutti i lavori, i servizi e le forniture prestate, provenga dalle prestazioni rese alla stazione appaltante o all'ente concedente o alle altre imprese cui è collegata.*

5. *Se, a causa della data della costituzione o di inizio dell'attività dell'impresa collegata, il fatturato degli ultimi tre anni non è disponibile, è sufficiente che l'impresa dimostri, in base a proiezioni dell'attività, che probabilmente realizzerà il fatturato di cui al comma 4.*

6. *Se più imprese collegate alla stazione appaltante o all'ente concedente con il quale formano un gruppo economico forniscono gli stessi o simili servizi, forniture o lavori, le percentuali sono calcolate tenendo conto del fatturato totale derivante dalla prestazione dei servizi o dall'esecuzione dei lavori, per ciascuna di tali imprese collegate.*

7. *Su richiesta della Commissione europea, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti comunicano: a) i nomi delle imprese o delle joint venture interessate;*

b) la natura e il valore dei contratti considerati;

c) gli elementi che la Commissione europea richiede per provare che le relazioni tra la stazione appaltante o l'ente concedente e l'impresa o la joint venture cui i contratti sono aggiudicati soddisfano i requisiti di cui al presente articolo.

La disposizione, nel perimetrare l'ambito oggettivo dei settori speciali, ricolloca gli **artt. 6-7 D.Lgs. 50/2016**.

Come specificato dalla **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato**, "la nuova collocazione di tali disposizioni si giustifica in relazione all'obiettivo di autosufficienza del Libro sui settori speciali" riferendosi la normativa in oggetto "ai contratti, comprensivi – salvo espressa previsione in contrario – di appalti, concessioni e concorsi di progettazione".

L'art. 142 del codice disciplina unitariamente le **esenzioni** relative agli affidamenti da (e a) *joint ventures* e a imprese collegate, aventi la medesima *ratio*.

Nello specifico, vengono recepiti l'art. 30 della direttiva 2014/25/UE e l'art. 14 della direttiva 2014/23/UE, oltre agli artt. 29-31 della direttiva 2014/25/UE ed all'art. 13 della direttiva 2014/23/UE.

Art. 143 – Attività esposte direttamente alla concorrenza

1. *Le disposizioni del codice non si applicano ai contratti per svolgere un'attività di cui agli articoli da 146 a 152 se l'attività è direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili. L'attività può costituire parte di un settore più ampio o essere esercitata unicamente in determinate parti del territorio nazionale.*

2. *La valutazione dell'esposizione alla concorrenza ai fini del comma 1 è effettuata dalla Commissione europea, tenendo conto del mercato delle attività in questione e del mercato geografico di riferimento, ai sensi dei commi 3 e 4. Resta impregiudicata l'applicazione della normativa in materia di concorrenza.*

3. *Ai fini dei commi 1 e 2, per determinare se un'attività è direttamente esposta alla concorrenza si tiene conto di criteri conformi alle disposizioni del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea in materia di concorrenza, tra i quali le caratteristiche dei prodotti o servizi interessati, l'esistenza di prodotti o servizi alternativi considerati sostituibili sul versante della domanda o dell'offerta, i prezzi e la presenza, effettiva o potenziale, di più fornitori dei prodotti o servizi in questione.*

4. *Il mercato geografico di riferimento, sulla cui base viene valutata l'esposizione alla concorrenza, è costituito dal territorio dove le imprese interessate intervengono nell'offerta e nella domanda di prodotti e di servizi, e nel quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee. Esso può essere distinto dai territori vicini, in particolare per condizioni di concorrenza sensibilmente diverse da quelle che prevalgono in quei territori. La valutazione tiene conto, in particolare, della natura e delle caratteristiche dei prodotti o servizi in questione, dell'esistenza di ostacoli all'entrata o di preferenze dei consumatori, nonché dell'esistenza di differenze notevoli sotto il profilo delle quote di mercato delle imprese o di differenze sostanziali a livello di prezzi.*

5. *Ai fini del comma 1 sono mercati liberamente accessibili quelli indicati nell'allegato III alla direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, per i quali sono stati adottati i provvedimenti attuativi. Se non è possibile presumere il libero accesso a un mercato in base al primo periodo, si deve dimostrare che l'accesso al mercato in questione è libero di fatto e di diritto.*

6. *Quando, sulla base delle condizioni di cui ai commi 3, 4 e 5, si ritiene che una determinata attività sia direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili, il Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministro competente per settore, può richiedere alla Commissione europea di stabilire che le disposizioni del codice non si applichino all'aggiudicazione di appalti o all'organizzazione di concorsi di progettazione per il perseguimento dell'attività in questione, nonché alle concessioni; la Commissione è informata di tutte le circostanze pertinenti, in particolare delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative o degli accordi in relazione al rispetto delle condizioni di cui al comma 1, nonché delle eventuali determinazioni assunte al riguardo dalle Autorità indipendenti competenti. La richiesta può riguardare attività esercitate in un settore più ampio o in determinate parti del territorio nazionale, se del caso allegando la posizione adottata dalla competente Autorità indipendente.*

7. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono chiedere alla Commissione europea di stabilire l'applicabilità del comma 1 a una determinata attività. Salvo che la richiesta sia corredata da una posizione motivata e giustificata, adottata dalla Autorità indipendente competente, che illustri in modo approfondito le condizioni per l'eventuale applicabilità del comma 1, a seguito dell'informazione data dalla Commissione in ordine alla richiesta, l'Autorità di cui al comma 6 comunica alla Commissione le circostanze indicate nel predetto comma 1.

8. Le disposizioni del codice non si applicano più ai contratti di cui al comma 1 se la Commissione europea: a) ha adottato un atto di esecuzione che stabilisce l'applicabilità del comma 1 entro il termine previsto dall'allegato IV della direttiva 2014/25/UE; b) non ha adottato l'atto di esecuzione entro il termine previsto dall'allegato di cui alla lettera a).

9. La richiesta presentata a norma dei commi 6 e 7 può essere modificata, con il consenso della Commissione europea, in particolare per quanto riguarda le attività o l'area geografica interessate. In tal caso, per l'adozione dell'atto di esecuzione di cui al comma 8, si applica un nuovo termine, calcolato ai sensi del paragrafo 1 dell'allegato IV della direttiva 2014/25/UE, salvo che la Commissione europea concordi un termine più breve con l'Autorità o la stazione appaltante o l'ente concedente che ha presentato la richiesta.

10. Se un'attività è già oggetto di una procedura ai sensi dei commi 6, 7 e 9 le ulteriori richieste riguardanti la stessa attività, pervenute alla Commissione europea prima della scadenza del termine previsto per la prima domanda, non sono considerate come nuove procedure e sono esaminate nel quadro della prima richiesta.

L'articolo ricolloca nel Libro III quanto già previsto nell'**art. 8 D.Lgs. 50/2016**, anch'esso inerente ai soli settori speciali: è così definito – sia pur **in negativo** – il relativo ambito applicativo.

Persiste il riferimento ad appalti, concessioni e concorsi di progettazione ricorrendo alla generica formula **"contratti"**.

Nel merito, si recepiscono gli **artt. 34-35 della direttiva 2014/25/UE** e **16 della direttiva 2014/23/UE**.

Il **co. 1** stabilisce che i contratti destinati a permettere un'attività propria dei cc.dd. "settori speciali" non sono assoggettati alle previsioni del codice laddove la medesima attività risulti direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili.

I **co. 2-10** individuano, nel rispetto della direttiva 2014/25/UE, le attività esposte direttamente alla concorrenza e la cooperazione che, a tal fine, può essere attivata fra le Autorità nazionali e la Commissione europea.

Art. 144 – Appalti aggiudicati a scopo di rivendita o di locazione a terzi

1. Le disposizioni del codice non si applicano agli appalti aggiudicati a scopo di rivendita o di locazione a terzi, quando la stazione appaltante o l'ente concedente non gode di alcun diritto speciale o esclusivo per la vendita o la locazione dell'oggetto di tali appalti e quando altri enti possono liberamente venderlo o darlo in locazione alle stesse condizioni della stazione appaltante o dell'ente concedente.

2. *Le stazioni appaltanti o gli enti concedenti comunicano alla Commissione europea, su richiesta, tutte le categorie di prodotti o di attività che considerano escluse in virtù del comma 1, nei termini da essa indicati, evidenziando nella comunicazione quali informazioni hanno carattere commerciale sensibile.*
3. *Le disposizioni del codice non si applicano alle categorie di prodotti o attività oggetto degli appalti di cui al comma 1 considerati esclusi dalla Commissione europea con atto pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.*

Si ricolloca qui quanto disposto dall'**art. 13 D.Lgs. 50/2016** (esclusione specifica per i settori speciali), recependo l'**art. 18 della direttiva 2014/25/UE**.

Si stabilisce che, quando la stazione appaltante o l'ente concedente **non gode di alcun diritto speciale o esclusivo** ai fini della vendita o della locazione dell'oggetto di un determinato appalto e quando altri enti possono liberamente vendere o dare in locazione tale oggetto alle stesse condizioni della stazione appaltante o dell'ente concedente, le disposizioni del codice **non trovano applicazione** per gli appalti aggiudicati a scopo di rivendita o di locazione a terzi.

L'articolo si riferisce ai soli **appalti**.

Art. 145 – Attività svolte in Paesi terzi

1. *Le disposizioni del codice non si applicano ai contratti aggiudicati dalle stazioni appaltanti o dagli enti concedenti per l'esercizio delle attività di cui agli articoli da 146 a 152 in un Paese terzo, in circostanze che non comportino lo sfruttamento materiale di una rete o di un'area geografica all'interno dell'Unione europea.*
2. *Le stazioni appaltanti o gli enti concedenti comunicano alla Commissione europea, su richiesta, tutte le categorie di attività che considerano escluse in virtù del comma 1, nei termini da essa indicati, evidenziando nella comunicazione quali informazioni hanno carattere commerciale sensibile.*
3. *Le disposizioni del codice non si applicano comunque alle categorie di attività oggetto dei contratti di cui al comma 1 considerati esclusi dalla Commissione europea in elenchi pubblicati periodicamente nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.*

Si ricollocano qui le previsioni dell'**art. 14 D.Lgs. 50/2016** relativo alle **esenzioni nei settori speciali**, come da **art. 19 della direttiva 2014/25/UE**.

Le disposizioni del codice **non trovano applicazione** per i contratti aggiudicati dalle stazioni appaltanti o dagli enti concedenti per l'esercizio delle attività proprie dei settori speciali in un Paese terzo, in circostanze che non comportino lo sfruttamento materiale di una rete o di un'area geografica all'interno dell'Unione europea.

L'esclusione è correlata alla "*estraneità funzionale*" rispetto agli scopi perseguiti, coerentemente con quanto stabilito dall'**art. 141, co. 2 del codice**.

Art. 146 – Gas ed energia termica

1. *L'affidamento di contratti inerenti ai settori del gas e dell'energia termica è soggetto all'applicazione delle disposizioni del codice esclusivamente per le attività: a) di messa a disposizione o gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di gas o di energia termica; b) di alimentazione di tali reti con gas o energia termica, ivi compresa la generazione, la produzione e la vendita all'ingrosso o al dettaglio.*

2. *L'alimentazione, con gas o energia termica, di reti fisse che forniscono un servizio al pubblico, da parte di un'impresa pubblica o di un soggetto titolare di diritti speciali o esclusivi, non è considerata un'attività di cui al comma 1 se concorrono le seguenti condizioni:*

a) la produzione di gas o di energia termica è l'inevitabile risultato dell'esercizio di un'attività non prevista dal comma 1 o dagli articoli da 147 a 149;

b) l'alimentazione della rete pubblica mira solo a sfruttare economicamente tale produzione e corrisponde, al massimo, al 20 per cento del fatturato dell'ente, considerando la media dell'ultimo triennio, comprensivo dell'anno in corso.

3. *Sono esclusi dalla applicazione delle disposizioni del codice i contratti stipulati per la fornitura di energia e di combustibili destinati alla produzione di energia da stazioni appaltanti o enti concedenti che esercitano le attività di cui al comma 1.*

La disposizione riprende, senza sostanziali modifiche, l'**art. 115 D.Lgs. 50/2016**, che, a sua volta, recepiva l'**art. 8 della direttiva 2014/25/UE**.

Il **co. 1** individua le **attività** relative all'affidamento dei contratti nei settori del gas e dell'energia termica, comunque **soggette al codice**.

Il **co. 2** individua le **condizioni** al ricorrere delle quali l'alimentazione di reti fisse, che forniscono un servizio al pubblico da parte di imprese pubbliche o di soggetti privati titolari di diritti speciali o esclusivi, non rientra nell'ambito di applicazione del co. 1.

Da ultimo, il **co. 3** ricolloca nella presente sede l'art. 11, co. 1, lett. b) D.Lgs. 50/2016, il quale, recependo l'art. 23 della direttiva 2014/25/UE, si riferisce ad **esclusioni specifiche** del settore dall'ambito di applicazione del codice.

Art. 147 – Elettricità

1. *L'affidamento dei contratti inerenti al settore dell'elettricità è soggetto all'applicazione delle disposizioni del codice esclusivamente per le attività:*

a) di messa a disposizione o gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di elettricità;

b) di alimentazione di tali reti con l'elettricità, ivi compresa la generazione, la produzione e la vendita all'ingrosso o al dettaglio.

2. L'alimentazione, con elettricità, di reti fisse che forniscono un servizio al pubblico da parte di un'impresa pubblica o un soggetto titolare di diritti speciali o esclusivi, non è considerata un'attività di cui al comma 1 se concorrono le seguenti condizioni:

a) la produzione di elettricità avviene perché il suo consumo è necessario all'esercizio di un'attività non prevista dal comma 1 o dagli articoli 146, 148 e 149;

b) l'alimentazione della rete pubblica dipende solo dal consumo proprio dell'ente e non supera il 30 per cento della sua produzione totale, considerando la media dell'ultimo triennio, comprensivo dell'anno in corso.

Si riprende l'art. 116 D.Lgs. 50/2016, riproduzione dell'art. 9 della direttiva 2014/25/UE.

Il **co. 1** individua le **attività** inerenti all'affidamento di contratti nei settori dell'energia elettrica, **soggette al codice**.

Il **co. 2** delinea le **condizioni** al ricorrere delle quali l'alimentazione, con elettricità, di reti fisse che forniscono un servizio al pubblico da parte di imprese pubbliche o di soggetti privati titolari di diritti speciali o esclusivi non rientra nell'ambito di applicazione del co. 1.

Art. 148 – Acqua

1. L'affidamento dei contratti inerenti al settore idrico è soggetto all'applicazione delle disposizioni del codice esclusivamente per le attività:

a) di messa a disposizione o gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile;

b) di alimentazione di tali reti con acqua potabile, ivi compresa la generazione, la produzione e la vendita all'ingrosso o al dettaglio.

2. L'alimentazione, con acqua potabile, di reti fisse che forniscono un servizio al pubblico da parte di un'impresa pubblica o un soggetto titolare di diritti speciali o esclusivi non è considerata un'attività di cui al comma 1 se concorrono le seguenti condizioni: a) la produzione di acqua potabile avviene perché il suo consumo è necessario all'esercizio di un'attività non prevista dagli articoli da 146 a 149; b) l'alimentazione della rete pubblica dipende solo dal consumo proprio dell'ente e non supera il 30 per cento della sua produzione totale, considerando la media dell'ultimo triennio, comprensivo dell'anno in corso.

3. Si applicano le disposizioni del codice agli appalti o ai concorsi di progettazione attribuiti od organizzati da stazioni appaltanti o enti concedenti che esercitano un'attività di cui al comma 1 quando riguardano:

a) progetti di ingegneria idraulica, irrigazione o drenaggio, in cui il volume d'acqua destinato all'alimentazione con acqua potabile rappresenti più del 20 per cento del volume totale d'acqua reso disponibile da tali progetti o impianti;

b) smaltimento o trattamento delle acque reflue.

4. Sono esclusi dall'applicazione delle disposizioni del codice gli appalti per l'acquisto di acqua, se aggiudicati da stazioni appaltanti o enti concedenti che esercitino una o entrambe le attività di cui al comma 1.

5. Sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del codice le concessioni aggiudicate per fornire o gestire reti fisse destinate alla fornitura di un servizio pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile oppure per alimentare tali reti con acqua potabile.

6. Sono escluse dall'applicazione del codice le concessioni che siano collegate a una delle attività del comma 5 e riguardino:

- a) progetti di ingegneria idraulica, irrigazione, drenaggio, in cui il volume d'acqua destinato all'approvvigionamento di acqua potabile rappresenti più del 20 per cento del volume totale d'acqua reso disponibile da tali progetti o impianti;
- b) smaltimento o trattamento delle acque reflue.

L'articolo, soffermandosi sull'ambito di applicabilità del codice nel settore idrico, recepisce gli **artt. 10 e 23 della direttiva 2014/25/UE**, così come l'**art. 12 della direttiva 2014/23/UE**.

In un'ottica di autosufficienza caratterizzante il Libro III, vengono riscritti ed incorporati gli **artt. 11, co. 1, lett. a), 12 e 117 D.Lgs. 50/2016**.

Nello specifico, il **co. 1** individua i contratti inerenti al settore idrico che restano comunque **soggetti al codice**.

Il **co. 2** individua, invece, le **condizioni** al ricorrere delle quali l'alimentazione, con acqua potabile, di reti fisse che forniscono un servizio al pubblico da parte di imprese pubbliche o di soggetti privati titolari di diritti speciali o esclusivi non rientra nell'ambito di applicazione del co. 1.

Il **co. 3** sancisce l'applicazione del codice nel caso di **appalti o concorsi di progettazione** attribuiti ovvero organizzati da stazioni appaltanti o enti concedenti i quali esercitano la propria attività nell'ambito del settore idrico, al ricorrere di puntuali condizioni espressamente individuate.

I **co. 4, 5 e 6** sanciscono **specifiche esclusioni** di settore dall'ambito di applicazione del codice.

Art. 149 – Servizi di trasporto

1. Le disposizioni del codice si applicano alle attività relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, mediante autobus, sistemi automatici o cavo.

2. Nei servizi di trasporto, si considera esistente una rete se il servizio è fornito secondo le prescrizioni operative stabilite dalle competenti autorità pubbliche, quali quelle relative alle tratte da servire, alla capacità di trasporto disponibile o alla frequenza del servizio.

3. Le disposizioni del codice non si applicano per l'affidamento di contratti concernenti i servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia o metropolitana.

4. Sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del codice le concessioni di servizi di trasporto aereo sulla base di una licenza di gestione a norma del regolamento (CE) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 settembre 2008 e le concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007.

Si riprende l'art. 118 D.Lgs. 50/2016, che, recependo l'art. 11 della direttiva 2014/25/UE, disciplinava il settore degli affidamenti di specifici servizi di trasporto.

Il co. 1 prevede l'applicazione delle disposizioni del codice alle **attività di messa a disposizione o gestione di reti** destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, ovvero mediante autobus, sistemi automatici o cavo.

Il co. 2 descrive le condizioni in presenza delle quali nei servizi di trasporto si ritiene esistente una **rete**: è rilevante che il servizio venga fornito secondo le prescrizioni operative stabilite dalle competenti autorità pubbliche, quali quelle relative alle tratte da servire, alla capacità di trasporto disponibile o alla frequenza del servizio.

L'articolo, inoltre, **incorpora** le esclusioni di cui all'art. 17, co. 1, lett. i) D.Lgs. 50/2016, relative ai servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia o metropolitana (co. 3), nonché di cui all'art. 18, co. 1, lett. a) D.Lgs. 50/2016, relative a particolari tipologie di concessioni di servizio di trasporto aereo ovvero di trasporto pubblico di passeggeri (co. 4).

Art. 150 – Settore dei porti e degli aeroporti

Le disposizioni del codice si applicano alle attività relative allo sfruttamento di un'area geografica per la messa a disposizione di aeroporti, porti marittimi o interni e di altri terminali di trasporto ai vettori aerei, marittimi e fluviali.

L'articolo si rifà, senza modifiche sostanziali, al contenuto dell'art. 119 D.Lgs. 50/2016, che, a sua volta, recepiva l'art. 12 della direttiva 2014/25/UE.

Si stabilisce che le disposizioni del codice si applicano alle attività relative allo sfruttamento di un'area geografica ai fini della messa a disposizione di aeroporti, porti marittimi o interni o di altri terminali di trasporto, ai vettori aerei, marittimi e fluviali.

Art. 151 – Settore dei servizi postali

1. Le disposizioni del codice si applicano alle attività relative alla prestazione di:

a) servizi postali;

b) altri servizi, diversi da quelli postali, quando siano prestati da un ente che fornisca anche servizi postali e a condizione che questi ultimi non riguardino attività direttamente esposte alla concorrenza su mercati liberamente accessibili, ai sensi dell'articolo 143.

2. Ai fini del codice e fatto salvo quanto previsto dal decreto legislativo 22 luglio 1999, n. 261 si intende per:

- a) «invio postale»: un invio indirizzato nella forma definitiva al momento in cui è preso in consegna, indipendentemente dal suo peso, che abbia per oggetto corrispondenza, libri, cataloghi, giornali, periodici e pacchi postali contenenti merci con o senza valore commerciale;
- b) «servizi postali»: servizi consistenti in raccolta, smistamento, trasporto e distribuzione di invii postali, comprensivi sia dei servizi rientranti nell'ambito di applicazione del servizio universale istituito ai sensi della direttiva 97/67/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 dicembre 1997, sia di quelli che ne sono esclusi;
- c) «altri servizi diversi dai servizi postali»: i servizi di gestione di servizi postali, precedenti l'invio e successivi all'invio, compresi i servizi di smistamento della posta, e i servizi di spedizione diversi da quelli di cui alla lettera a), quali la spedizione di invii pubblicitari, privi di indirizzo.

Salvo minime variazioni formali, si riprende il contenuto dell'**art. 120 D.Lgs. 50/2016**, il quale recepisce l'**art. 13 della direttiva 2014/25/UE**.

Il **co. 1** sancisce l'**applicazione** delle disposizioni del codice alle attività di prestazione di servizi postali e altri servizi diversi da quelli postali, purché tali servizi siano prestati da un ente che offre servizi postali e non riguardino attività direttamente esposte alla concorrenza su mercati liberamente accessibili.

Il **co. 2** definisce le nozioni di "*invio postale*", "*servizi postali*", e "*altri servizi diversi da quelli postali*", riproducendo la fonte europea.

Art. 152 – Estrazione di gas e prospezione o estrazione di carbone o di altri combustibili solidi

1. Le disposizioni del codice si applicano alle attività relative allo sfruttamento di un'area geografica, ai seguenti fini:

- a) estrazione di petrolio, estrazione o produzione di gas;
- b) prospezione o estrazione di carbone o di altri combustibili solidi.

2. Rimangono escluse dall'applicazione delle disposizioni del codice le attività relative allo sfruttamento di un'area geografica, ai fini di prospezione di petrolio e di gas naturale, nonché di produzione di petrolio, in quanto attività direttamente esposte alla concorrenza su mercati liberamente accessibili.

Si ripropone, con minime variazioni formali, il contenuto dell'**art. 121 D.Lgs. 50/2016**, il quale aveva recepito l'**art. 14 della direttiva 2014/25/UE**.

Nello specifico, il **co. 1** sancisce l'applicazione del codice alle attività relative allo sfruttamento di un'area geografica per estrazione o produzione di gas, estrazione di petrolio, prospezione o estrazione di carbone o di altri combustibili solidi.

Il **co. 2** esclude dall'ambito di applicazione del codice le attività relative alla prospezione di petrolio e gas naturale, nonché di produzione di petrolio, in quanto attività direttamente esposte alla concorrenza su mercati liberamente accessibili.

PARTE II

DELLE PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE

Art. 153 – Norme applicabili

1. Con riferimento alle procedure di scelta del contraente, le stazioni appaltanti o gli enti concedenti nei settori speciali applicano i seguenti articoli:

- a) articolo 71, salvo che la disposizione sull'avviso di pre-informazione si intende riferita all'avviso periodico indicativo di cui all'allegato II.6, Parte II;
- b) articolo 74, salvo che, nel dialogo competitivo indetto nell'ambito dei settori speciali, qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare in risposta a un avviso di indizione di gara ai sensi dell'articolo 155, comma 3, lettere b) e c), fornendo le informazioni richieste dalla stazione appaltante o dall'ente concedente; il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è fissato, di norma, a non meno di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara o, se come mezzo di indizione di gara è usato un avviso periodico indicativo, dell'invito a confermare interesse, e non può in alcun caso essere inferiore a quindici giorni;
- c) articoli 70, comma 6, e 75, salvo che, nei partenariati per l'innovazione indetti nell'ambito dei settori speciali, qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara, ai sensi dell'articolo 155, comma 3, lettere b) e c), presentando le informazioni richieste dalla stazione appaltante o dall'ente concedente; il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è fissato, di norma, a non meno di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara e non può in alcun caso essere inferiore a quindici giorni;
- d) articoli 77, 78, 79 e 80;
- e) articolo 85, salvo che la disposizione sull'avviso di pre-informazione si intende riferita all'avviso periodico indicativo.

La normativa del Libro III, Parte II è prevalentemente imposta dal diritto unionale, il quale delinea gli specifici **obblighi procedurali** da ottemperare per addivenire alla scelta del contraente della stazione appaltante.

Nello specifico, è stato eliminato il sistema dei rinvii in precedenza operati "nei limiti della compatibilità", in favore dei **rinvii puntuali e specifici** alla disciplina sui settori generali, al fine di

evitare una trasposizione, nei settori speciali, di vincoli procedurali non imposti dal diritto unionale, propri dei soli settori generali.

Come sottolineato dalla **Relazione illustrativa del Consiglio di Stato**, “*tenuto conto dell’esigenza di evitare vincoli procedurali ulteriori rispetto a quelli posti in ambito unionale, si è scelto di confermare i rinvii (senza clausola di compatibilità) alla disciplina sui settori generali soltanto nei casi in cui le previsioni in raffronto (dettate per i settori generali e speciali) siano effettivamente corrispondenti; si è, invece, preferito rendere autonoma la disciplina sui settori speciali in relazione agli istituti caratterizzati da un minore numero di vincoli o da una disciplina non coincidente rispetto a quella prevista per i settori generali*”.

Nell’ottica di valorizzare la **flessibilità nell’aggiudicazione** vengono equiparate le diverse procedure di scelta del contraente, salva l’**eccezionalità della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando**, per la quale opera un apposito (e facoltativo) collegamento tra tale istituto e le consultazioni preliminari di mercato, ai fini dell’adempimento dell’obbligo motivazionale.

Ove necessario, per segnalare alcune peculiarità dei settori speciali, sono state previste alcune **precisazioni accessorie alla clausola di rinvio** (cfr. co. 1, lett. a), e)).

Si è, invece, dedicato un articolo *ad hoc* alla procedura ristretta (art. 156), evitando la tecnica del rinvio, tenuto conto che della maggiore flessibilità che la direttiva garantisce (sia per la definizione delle informazioni da fornire nell’ambito dell’avviso di indizione della gara, sia per la determinazione dei termini per la ricezione delle domande di partecipazione) rispetto a quella prevista nell’ambito dei settori generali.

Art. 154 – Accordi quadro

Negli affidamenti di cui al presente Libro, gli appalti basati su un accordo quadro sono aggiudicati in base a regole e criteri oggettivi che possono prevedere la riapertura del confronto competitivo tra gli operatori economici partecipanti all’accordo. Le regole e i criteri sono indicati nei documenti di gara per l’accordo quadro e garantiscono parità di trattamento tra gli operatori economici parti dell’accordo. Quando è prevista la riapertura del confronto competitivo, la stazione appaltante o l’ente concedente fissa un termine sufficiente per consentire di presentare offerte relative a ciascun appalto specifico e aggiudicano ciascun appalto all’offerente che ha presentato la migliore offerta in base ai criteri di aggiudicazione stabiliti nel capitolato d’oneri dell’accordo quadro. La stazione appaltante o l’ente concedente non può ricorrere agli accordi quadro per eludere l’applicazione del codice o per ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza.

Si disciplina l’**affidamento degli accordi quadro**, con riferimento, in particolare, al contenuto dei documenti di gara, al necessario rispetto della parità di trattamento tra gli operatori economici parti dell’accordo, alla riapertura del confronto competitivo, nonché al divieto dell’utilizzo elusivo della fattispecie.

La disposizione, inoltre, è di fatto speculare all'art. 54, co. 6 D.Lgs. 50/2016, sebbene sia stata **espunta dall'art. 59 del codice** (accordi quadro nei settori ordinari) per essere inserita nell'art. 154, nell'ottica dell'autoconclusività del Libro III.

Art. 155 – Tipi procedure

1. Per l'aggiudicazione di appalti pubblici, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti utilizzano procedure di affidamento aperte, ristrette o negoziate precedute da indizione di gara, dialoghi competitivi o partenariati per l'innovazione, in conformità alle disposizioni della presente Parte.
2. Nei soli casi previsti dall'articolo 158, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono utilizzare la procedura negoziata senza pubblicazione del bando.
3. La gara è indetta con una delle seguenti modalità:
 - a) un avviso periodico indicativo a norma dell'articolo 161, se il contratto è aggiudicato mediante procedura ristretta o negoziata;
 - b) un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione a norma dell'articolo 162, se il contratto è aggiudicato mediante procedura ristretta o negoziata o tramite un dialogo competitivo o un partenariato per l'innovazione;
 - c) mediante un bando di gara a norma dell'articolo 163.
4. Nel caso di cui al comma 3, lettera a), gli operatori economici che hanno manifestato interesse in seguito alla pubblicazione dell'avviso periodico indicativo sono successivamente invitati a confermare il proprio interesse per iscritto, ai sensi dell'articolo 165.

Il **co. 1** elenca **congiuntamente** le procedure flessibili (dialogo competitivo, partenariato per l'innovazione e procedura competitiva con negoziazione) e quelle maggiormente vincolate nell'aggiudicazione (aperta e ristretta), in quanto entrambe sono **moduli procedurali di selezione del contraente**: oltre ad essere rispettosi dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità, essi sono caratterizzati dalla pubblicità, presupponendo un avviso di indizione di gara reso conoscibile agli operatori del settore.

Come evidenziato dalla **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato**, il presente articolo non prevede vincoli motivazionali ulteriori a quelli posti dal diritto unionale, con ciò valorizzando la **discrezionalità dell'Amministrazione**: *"l'Amministrazione aggiudicatrice, pertanto, al fine di ricorrere ad una delle procedure flessibili di cui al comma 1, non è tenuta a motivare la maggiore convenienza della procedura flessibile rispetto alle procedure aperte o ristrette, essendo sufficiente la giustificazione dei rispettivi presupposti di utilizzo"*.

Il **co. 2** considera la **procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando**: procedura **eccezionale**, essa deroga al principio di pubblicità, essendo utilizzabile al ricorrere dei soli presupposti tassativamente elencati nell'articolo 158 del codice.

Il **co. 3** regola le **modalità di indizione della gara**, riferendosi all'avviso periodico indicativo, all'avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione e al bando di gara.

Il **co. 4** regola la **conferma di interesse** in relazione agli operatori economici che hanno manifestato interesse in seguito alla pubblicazione dell'avviso periodico indicativo.

La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** sottolinea che *“per esigenze sistematiche, è stato eliminato il riferimento ad istituti non afferenti all'ambito di applicazione o agli elementi caratterizzanti le procedure di scelta del contraente, quale la disciplina in tema di avviso di indizione di gara, posto che, sebbene si tratti di una fase (introduttiva) della procedura di scelta del contraente, non si discorre della scelta della procedura in concreto utilizzabile, costituente l'oggetto specifico della regolazione recata nell'articolo 155”*.

Art. 156 – Procedura ristretta

1. *Nelle procedure ristrette qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara, fornendo le informazioni richieste dalla stazione appaltante o dall'ente concedente. Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è fissato di norma a non meno di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara o dell'invito a confermare interesse e non può in alcun caso essere inferiore a quindici giorni.*

2. *Soltanto gli operatori economici invitati in tal senso dalla stazione appaltante o dall'ente concedente in seguito alla valutazione delle informazioni fornite presentano un'offerta. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono limitare il numero di candidati idonei da invitare a partecipare alla procedura in conformità dell'articolo 70, comma 6. Il termine per la ricezione delle offerte può essere fissato di concerto tra la stazione appaltante o l'ente concedente e tutti i candidati selezionati, purché questi dispongano di un termine identico per presentare le loro offerte. In assenza di un accordo sul termine per la ricezione delle offerte, questo non è inferiore a dieci giorni dalla data di invio dell'invito a presentare offerte.*

La disposizione ricalca l'**art. 46 della direttiva 2014/25/UE**, connotata da vincoli procedurali inferiori rispetto a quelli previsti per la procedura ristretta nell'ambito dei settori generali.

Per evidenziare la **peculiarità** della disciplina della procedura ristretta nei settori speciali, si è deciso di rendere autonoma la relativa disciplina con l'introduzione di un apposito articolo.

I **co. 1-2** si soffermano sull'**elemento tipico** della procedura ristretta, caratterizzata dalla possibilità, per ogni operatore economico interessato, di presentare una domanda di partecipazione a un avviso di indizione di gara e, per i soli operatori economici invitati, di presentare un'offerta.

Il **co. 2** introduce la facoltà per le stazioni appaltanti di **limitare il numero di candidati** idonei da invitare a partecipare alla procedura, congiuntamente alla possibilità di fissare (di concerto tra la stazione appaltante o l'ente concedente e tutti i candidati selezionati) il **termine per la ricezione delle offerte**.

La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** precisa che *“mentre nell’ambito dei settori generali è prevista una mera possibilità per gli Stati membri di prevedere che (solo) le amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali o specifiche categorie delle stesse possano fissare il termine per la ricezione delle offerte di concerto con l’amministrazione aggiudicatrice e i candidati selezionati; nell’ambito dei settori speciali vi è un diritto riconosciuto direttamente dal diritto unionale, in capo a tutti gli enti aggiudicatori, di fissare il termine per la ricezione delle offerte di concerto con i candidati selezionati”*, concludendo poi che *“è stato infine previsto, che nell’ipotesi in cui non si raggiunga alcun accordo sul termine di ricezione delle offerte, il termine minimo, non può essere inferiore a dieci giorni dall’invio dell’invito a presentare le offerte”*.

Art. 157 – Procedura negoziata con pubblicazione di un bando

1. *Nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara, fornendo le informazioni richieste dalla stazione appaltante o dall’ente concedente.*
2. *Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è fissato di norma in non meno di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara o, se come mezzo di indizione di gara è usato un avviso periodico indicativo, dalla data dell’invito a confermare interesse e non è in alcun caso inferiore a quindici giorni.*
3. *Soltanto gli operatori economici invitati dalla stazione appaltante o dall’ente concedente in seguito alla valutazione delle informazioni fornite partecipano alle negoziazioni. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono limitare il numero di candidati idonei da invitare a partecipare alla procedura secondo quanto previsto dall’articolo 169, comma 2.*
4. *Il termine per la ricezione delle offerte può essere fissato d’accordo tra la stazione appaltante o l’ente concedente e tutti i candidati selezionati, purché questi ultimi dispongano di un termine identico per redigere e presentare le loro offerte. In assenza di un accordo sul termine per la ricezione delle offerte, questo non è inferiore a dieci giorni dalla data di invio dell’invito a presentare offerte.*

Si è confermato l’**art. 124 D.Lgs. 50/2016**, riproduttivo della disciplina unionale in materia di procedura negoziata con previa indizione di gara: è stato soltanto espunto il riferimento alla *“selezione qualitativa”* in relazione alle informazioni richieste dall’ente aggiudicatore, riguardando tale disposizione la domanda di partecipazione e la selezione delle candidature.

Si tratta di una trasposizione delle corrispondenti previsioni unionali, relative a:

- la legittimazione a presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara (**co. 1**);
- i termini minimi per la ricezione delle domande di partecipazione (**co. 2**);
- la legittimazione a prendere parte alle negoziazioni e la limitazione del numero di candidati idonei da invitare a partecipare alla procedura (**co. 3**);

- il termine per la ricezione delle offerte (co. 4).

Art. 158 – Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando

1. Le stazioni appaltanti o gli enti concedenti possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara quando ricorrono i presupposti fissati dal comma 2, dandone motivatamente conto nel primo atto della procedura in relazione alla specifica situazione di fatto e alle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano, e nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3. A tali fini si tiene conto degli esiti delle consultazioni di mercato eventualmente eseguite, rivolte anche ad analizzare i mercati europei oppure, se del caso, extraeuropei.

2. Le stazioni appaltanti o gli enti concedenti possono ricorrere a una procedura negoziata senza indizione di gara nei seguenti casi:

a) quando, in risposta a una procedura con pubblicazione di un bando, non sia pervenuta alcuna offerta o alcuna offerta appropriata, né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate; un'offerta non è ritenuta appropriata quando non presenta alcuna pertinenza con l'appalto ed è quindi inadeguata, salvo modifiche sostanziali, a rispondere alle esigenze della stazione appaltante o dell'ente concedente e ai requisiti specificati nei documenti di gara; una domanda di partecipazione non è ritenuta appropriata quando l'operatore economico interessato deve o può essere escluso o non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dalla stazione appaltante o dall'ente concedente a norma degli articoli 95, 96 e 169, comma 2;

b) quando un appalto è destinato solo a scopi di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo e non per rendere redditizie o recuperare spese di ricerca e di sviluppo, purché l'aggiudicazione dell'appalto non pregiudichi l'indizione di gare per appalti successivi che perseguano, segnatamente, questi scopi;

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

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

2) la concorrenza è assente per motivi tecnici. L'eccezione di cui al presente numero si applica solo quando non esistono sostituti o alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto;

3) la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale; l'eccezione di cui al presente numero si applica solo quando non esistono sostituti o alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto;

d) nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, i termini stabiliti per le procedure aperte, per le procedure ristrette o per le procedure negoziate precedute da indizione di gara non possono essere rispettati; le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non devono essere in alcun caso imputabili alla stazione appaltante o all'ente concedente;

e) nel caso di appalti di forniture per consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il

cambiamento di fornitore obblighi la stazione appaltante o l'ente concedente ad acquistare forniture con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate;

f) per nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi assegnati all'operatore al quale le stesse stazioni appaltanti o enti concedenti hanno assegnato un appalto precedente, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi a un progetto a base di gara e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo una procedura di cui all'articolo 155, comma 1; il progetto a base di gara indica l'entità di eventuali lavori o servizi complementari e le condizioni alle quali essi verranno aggiudicati; la possibilità di ricorrere a tale procedura è indicata già al momento dell'indizione della gara per il primo progetto e le stazioni appaltanti o gli enti concedenti, quando applicano l'articolo 14, tengono conto del costo complessivo stimato per i lavori o i servizi successivi;

g) per forniture quotate e acquistate sul mercato delle materie prime;

h) per gli acquisti d'opportunità, quando è possibile, in presenza di un'occasione particolarmente vantaggiosa ma di breve durata, acquistare forniture il cui prezzo è sensibilmente inferiore ai prezzi normalmente praticati sul mercato;

i) per l'acquisto di forniture o servizi a condizioni particolarmente vantaggiose presso un fornitore che cessi definitivamente l'attività commerciale o presso il liquidatore in caso di procedura di insolvenza, di un accordo con i creditori o di procedure analoghe;

l) quando l'appalto di servizi consegue a un concorso di progettazione organizzato secondo le disposizioni del codice ed è destinato, in base alle norme previste nel concorso di progettazione, a essere aggiudicato al vincitore o a uno dei vincitori di tale concorso; in tal caso, tutti i vincitori del concorso di progettazione sono invitati a partecipare alle negoziazioni.

3. Ove possibile, le stazioni appaltanti individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza, selezionando almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'articolo 108, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione.

Il co. 1 valorizza l'**obbligo di motivazione** che, sebbene non previsto dall'art. 50 della direttiva 2014/25/UE, è però richiamato nel *considerando* n. 61 e nell'art. 100 della medesima direttiva.

Il co. 2 definisce l'ambito di applicazione della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara: la disposizione è stata interessata, altresì, dalla disciplina dettata dal D.L. 76/2020, convertito dalla L. 120/2020 e dal D.L. 77/21, convertito dalla L. 108/21 (cfr. art. 76 del codice).

Con riguardo alla specificazione dell'obbligo di motivazione in ordine all'utilizzo della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, si è tenuto conto delle **Linee Guida ANAC n. 8** sul "ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili".

Al **co. 3** non sono previste disposizioni che vincolino le stazioni appaltanti e gli enti concedenti all'indizione di una previa gara informale, ferma rimanendo la possibilità per l'Amministrazione – all'esito di una **discrezionale valutazione di opportunità e convenienza** – di provvedere ad una tale procedimentalizzazione della scelta del contraente.

PARTE III

DEI BANDI, DEGLI AVVISI E DEGLI INVITI

Art. 159 – Disponibilità digitale dei documenti di gara

- 1. A decorrere dalla data di pubblicazione di un avviso o da quella di invio di un invito a confermare l'interesse, i documenti di gara sono resi disponibili in forma digitale, in modo gratuito, illimitato e diretto. L'avviso e l'invito a confermare interesse indicano il collegamento ipertestuale presso il quale i documenti di gara sono accessibili.*
- 2. Quando il mezzo di indizione di una gara è un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione, tale accesso è consentito il più rapidamente possibile e comunque non oltre il momento dell'invito a presentare un'offerta o a negoziare.*
- 3. Quando è impossibile l'utilizzo dei mezzi di comunicazione elettronica previsti dal codice, l'avviso o l'invito a confermare interesse ne danno conto e indicano le modalità con cui i documenti sono trasmessi. In questi casi il termine per la presentazione delle offerte è prorogato di non oltre cinque giorni.*
- 4. Quando la deroga all'obbligo di utilizzare mezzi di comunicazione elettronica previsti dal codice è dovuta a esigenze di tutela della riservatezza, l'avviso o l'invito a confermare interesse o, quando il mezzo di indizione di gara è un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione, i documenti di gara indicano le misure adottate per proteggere la natura riservata delle informazioni e le modalità di accesso ai documenti. In tale caso, il termine per la presentazione delle offerte è prorogato di non oltre cinque giorni, salvo che il nuovo termine sia stato fissato di concerto tra la stazione appaltante o l'ente concedente e tutti i candidati selezionati.*
- 5. Le ulteriori informazioni richieste sui documenti di gara sono comunicate a tutti gli offerenti oppure rese disponibili sulla piattaforma di approvvigionamento digitale e sul sito istituzionale almeno sei giorni prima della scadenza del termine stabilito per la ricezione delle offerte e almeno quattro giorni prima quando il termine per la ricezione delle offerte è ridotto.*

Trasposto l'**art. 73 della direttiva 2014/25/UE**, vengono **delineate alcune peculiarità della disciplina unionale riferita ai settori speciali**, riguardanti l'indizione della gara con un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione e la fissazione dei termini per la ricezione delle offerte in accordo tra l'ente aggiudicatore e i candidati selezionati.

Il **co. 1** regola la **decorrenza** e le modalità della **messa a disposizione dei documenti di gara**.

Il **co. 2** definisce il termine per **accedere ai documenti di gara** in caso di gara indetta con un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione.

Il **co. 3** disciplina le conseguenze discendenti dall'**impossibilità di utilizzare i mezzi di comunicazione elettronica** – costituente una fattispecie eccezionale, la cui ricorrenza deve essere adeguatamente giustificata e comprovata – in ordine alle modalità di trasmissione dei documenti di gara e di proroga del termine per la presentazione delle offerte.

Il **co. 4**, invece, delinea le conseguenze derivanti dall'**impossibilità di utilizzare i mezzi di comunicazione elettronica per ragioni di riservatezza** (si tratta di una fattispecie eccezionale, la cui ricorrenza deve essere adeguatamente giustificata e comprovata) in ordine alle misure di protezione della natura riservata delle informazioni, alle modalità di accesso ai documenti di gara e di proroga del termine per la presentazione delle offerte.

Il **co. 5** regola le **modalità di comunicazione o pubblicazione** delle ulteriori informazioni richieste sui documenti di gara.

Art. 160 – Comunicazione delle specifiche tecniche

1. Su richiesta degli operatori economici interessati all'affidamento di un appalto, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti mettono a disposizione le specifiche tecniche previste nei loro appalti di forniture, di lavori o di servizi, o le specifiche tecniche alle quali intendono riferirsi per gli appalti oggetto di avvisi periodici indicativi. Tali specifiche sono rese disponibili in forma digitale in maniera gratuita, illimitata e diretta.

2. Le specifiche tecniche sono trasmesse per via diversa da quella digitale qualora non sia possibile offrire accesso gratuito, illimitato e diretto per via digitale a determinati documenti di gara oppure per tutelare la riservatezza delle informazioni che le stazioni appaltanti o gli enti concedenti trasmettono.

3. Quando le specifiche tecniche sono basate su documenti ai quali gli operatori economici interessati hanno accesso gratuito, illimitato e diretto, in forma digitale, si considera sufficiente l'indicazione del riferimento a tali documenti.

Si riconferma l'**art. 126 D.Lgs. 50/2016**, riproduttivo della disciplina unionale: il **co. 1** è relativo alle modalità di messa a disposizione delle specifiche tecniche; il **co. 2** attiene alle eccezioni rispetto all'obbligo di trasmissione delle specifiche tecniche per via digitale, mentre il **co. 3** riguarda la disponibilità dei documenti su cui sono basate le specifiche tecniche.

Art. 161 – Pubblicità e avviso periodico indicativo

1. Le stazioni appaltanti o gli enti concedenti possono rendere nota l'intenzione di programmare appalti pubblicando un avviso periodico indicativo possibilmente entro il 31 dicembre di ogni anno. Tali avvisi, che contengono le informazioni di cui all'allegato II.6, Parte II, Sezioni A e C, sono pubblicati dalla stazione appaltante o dall'ente concedente sul proprio sito istituzionale rendendoli accessibili tramite collegamento ipertestuale. Per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 14 si applica l'articolo 84.

2. Quando una gara è indetta per mezzo di un avviso periodico indicativo per procedure ristrette e procedure negoziate precedute da indizione di gara, l'avviso soddisfa tutte le seguenti condizioni:

a) si riferisce specificatamente alle forniture, ai lavori o ai servizi che saranno oggetto dell'appalto da aggiudicare;

b) indica che l'appalto è aggiudicato mediante una procedura ristretta o negoziata senza ulteriore pubblicazione di un avviso di indizione di gara e invita gli operatori economici interessati a manifestare il proprio interesse;

c) contiene, oltre alle informazioni di cui all'allegato II.6, Parte II, Sezione A, le informazioni di cui all'allegato II.6, Parte II, Sezione B;

d) è stato inviato alla pubblicazione tra trentacinque giorni e dodici mesi prima della data di invio dell'invito a confermare interesse.

3. Gli avvisi di cui al comma 2 possono essere pubblicati sul sito istituzionale quale pubblicazione supplementare a livello nazionale. Il periodo coperto dall'avviso può durare al massimo dodici mesi dalla data di trasmissione dell'avviso per la pubblicazione. Tuttavia, nel caso di appalti pubblici per servizi sociali e altri servizi specifici di cui all'allegato II.6, l'avviso di cui all'articolo 127, comma 1, lettera b), può coprire un periodo di due anni.

Si conferma l'**art. 127 D.Lgs. 50/2016** in materia di pubblicità e avviso periodico indicativo, in quanto riproduttivo della disciplina unionale, "ad eccezione - come si legge nella **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** - dell'originario co. 1 non connotato da un effettivo valore aggiunto in termini normativi, in quanto recante un rinvio a disposizioni in materia di "pubblicazione a livello nazionale" e "disponibilità digitale dei documenti di gara", già operanti in ragione sia della clausola di rinvio prevista dall'articolo 153 (quanto alla pubblicazione a livello nazionale), sia dell'autonoma disciplina dettata dalla presente parte (articolo 160) in materia di disponibilità digitale dei documenti di gara".

Il presente articolo, che fa riferimento all'**Allegato II.6, Parte II**, regola, alla stregua di quanto previsto dall'ordinamento unionale:

- il contenuto, il termine e le modalità di pubblicazione dell'avviso periodico indicativo (**co. 1**);
- le condizioni che l'avviso periodico indicativo deve rispettare quando utilizzato per l'indizione di procedure ristrette e di procedure negoziate precedute da indizione di gara (**co. 2**);
- le modalità di pubblicazione supplementare a livello nazionale degli avvisi periodici indicativi utilizzati per l'indizione di procedure ristrette e procedure negoziate precedute da indizione di gara, nonché la durata dell'avviso medesimo (**co. 3**).

Art. 162 – Avvisi sull'esistenza di un sistema di qualificazione

1. Ai sensi dell'articolo 141, comma 4, lettera a), le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono istituire e gestire un proprio sistema di qualificazione degli operatori economici. Il sistema è reso pubblico con un avviso di cui all'allegato II.6, Parte II, Sezione H, indicando le finalità e le modalità per conoscere le disposizioni relative al funzionamento.

2. Quando è indetta una gara con un avviso di cui al comma 1, gli offerenti in una procedura ristretta, o i partecipanti in una procedura negoziata, sono selezionati tra i candidati qualificati con tale sistema.

3. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano nell'avviso sull'esistenza del sistema il periodo di efficacia del sistema di qualificazione. Per gli appalti di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 14, essi informano l'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea secondo le modalità di cui all'articolo 84 di qualsiasi cambiamento di tale periodo di efficacia utilizzando i seguenti modelli di formulari:

a) se il periodo di efficacia è modificato senza porre fine al sistema, il modello utilizzato inizialmente per gli avvisi sull'esistenza dei sistemi di qualificazione;

b) se è posto termine al sistema, un avviso di aggiudicazione di cui all'articolo 163.

Si riproduce l'**art. 68 della direttiva 2014/25/UE**, con riferimento:

- al contenuto dell'avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione, da rendere pubblico con un avviso di cui all'Allegato II.6, Parte II, sezione H (**co. 1**);

- alla selezione degli offerenti (in una procedura ristretta) e dei partecipanti (in una procedura negoziata) in caso di indizione di una gara con un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione (**co. 2**);

- alle modalità di indicazione del periodo di efficacia del sistema di qualificazione ed alle informative da fornire al riguardo all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione Europea (**co. 3**).

Art. 163 – Bandi di gara e avvisi relativi agli appalti aggiudicati

1. I bandi di gara possono essere utilizzati come mezzo di indizione di gara per tutte le procedure. Essi contengono le informazioni di cui alle pertinenti disposizioni dell'allegato II.6, Parte II e sono pubblicati conformemente all'articolo 164.

2. Entro trenta giorni dalla conclusione di un contratto o di un accordo quadro che faccia seguito alla relativa decisione di aggiudicazione o di conclusione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti inviano un avviso di aggiudicazione che riporta i risultati della procedura di appalto. Tale avviso contiene le informazioni di cui all'allegato II.6, Parte II, Sezione G, ed è pubblicato conformemente all'articolo 164. Si applicano altresì le disposizioni di cui all'articolo 111, commi 2, 3, 4 e 5.

3. Nel caso di contratti per servizi di ricerca e sviluppo, di seguito «servizi R&S», le informazioni riguardanti la natura e la quantità dei servizi possono limitarsi:

a) all'indicazione «servizi R&S» se il contratto è stato aggiudicato mediante procedura negoziata senza indizione di gara conformemente all'articolo 158, comma 2, lettera b);

b) a informazioni che siano almeno tanto dettagliate quanto specificato nell'avviso utilizzato come mezzo di indizione della gara.

4. Le informazioni fornite ai sensi dell'allegato II.6, Parte II, Sezione G, e non destinate alla pubblicazione sono pubblicate solo in forma semplificata e per motivi statistici.

L'articolo, che rinvia all'**Allegato II.6, Parte II**, riproduce gli **artt. 69-70 D.Lgs. 50/2016**, con riferimento a:

- il contenuto e le modalità di pubblicazione dei bandi di gara (**co. 1**);
- il contenuto, nonché il termine e le modalità di comunicazione e di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione (**co. 2**);
- le informazioni minime da fornire in caso di contratti per servizi di ricerca e sviluppo (**co. 3**);
- l'elenco delle informazioni da pubblicare in forma semplificata e per motivi statistici (**co. 4**).

Art. 164 – Redazione e modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi

1. I bandi e gli avvisi di cui agli articoli da 161 a 163 contengono le informazioni indicate nell'allegato II.6, Parte II, Sezioni A, B, C, D, E, F, G e H, nel formato di modelli di formulari, compresi modelli di formulari per le rettifiche, stabiliti dalla Commissione. Tali bandi e avvisi sono trasmessi all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea ai sensi dell'articolo 84, in conformità all'allegato II.7.

2. I bandi e gli avvisi sono pubblicati per esteso in una delle lingue ufficiali dell'Unione europea, scelta dalle stazioni appaltanti o dagli enti concedenti, e il testo è l'unico facente fede. Le stazioni appaltanti o gli enti concedenti italiani scelgono la lingua italiana, fatte salve le norme vigenti nella Provincia autonoma di Bolzano in materia di bilinguismo. Una sintesi degli elementi importanti di ciascun bando, indicati dalle stazioni appaltanti o dagli enti concedenti nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione, è pubblicata nelle altre lingue ufficiali.

3. L'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea garantisce che il testo integrale e la sintesi degli avvisi periodici indicativi di cui all'articolo 161, degli avvisi di indizione di gara che istituiscono un sistema dinamico di acquisizione di cui all'articolo 32, nonché degli avvisi sull'esistenza di un sistema di qualificazione usati come mezzo di indizione di gara di cui all'articolo 155, comma 3, lettera b), continuino a essere pubblicati:

a) nel caso di avvisi periodici indicativi, per dodici mesi o fino al ricevimento di un avviso di aggiudicazione di cui all'articolo 163, che indichi che nei dodici mesi coperti dall'avviso di indizione di gara non sarà aggiudicato nessun altro appalto; tuttavia, nel caso di appalti per servizi sociali e altri servizi specifici di cui all'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, l'avviso periodico indicativo di cui all'articolo 127, comma 1, lettera b), continua a essere pubblicato fino alla scadenza del periodo di validità indicato inizialmente o fino alla ricezione di un avviso di aggiudicazione come previsto all'articolo 163, indicante che non saranno aggiudicati ulteriori appalti nel periodo coperto dall'indizione di gara;

b) nel caso di avvisi di indizione di gara che istituiscono un sistema dinamico di acquisizione, per il periodo di validità del sistema dinamico di acquisizione;

c) nel caso di avvisi sull'esistenza di un sistema di qualificazione, per il periodo di validità.

4. Le stazioni appaltanti o gli enti concedenti possono inviare per la pubblicazione avvisi relativi ad appalti pubblici che non sono soggetti all'obbligo di pubblicazione, a condizione che essi siano trasmessi secondo il modello e le modalità precisati al comma 1. 5. Per la pubblicazione a livello nazionale si applica l'articolo 85.

L'articolo riproduce l'**art. 71 della direttiva 2014/25/UE**, con riferimento:

- al contenuto (cfr. **Allegato II.6, Parte II**, sezioni A, B, C, D, E, F, G) e modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi (**co. 1**);
- alle lingue da utilizzare nelle pubblicazioni per esteso e in sintesi (**co. 2**);
- al periodo di pubblicazione degli avvisi periodici indicativi, degli avvisi di indizione di gara che istituiscono un sistema dinamico di acquisizione e degli avvisi sull'esistenza di un sistema di qualificazione usati come mezzo di indizione di gara (**co. 3**);
- alla pubblicazione facoltativa di avvisi relativi ad appalti pubblici (**co. 4**);
- alle modalità di pubblicazione a livello nazionale (**co. 5**).

Art. 165 – Inviti ai candidati

1. Nelle procedure ristrette, nei dialoghi competitivi, nei partenariati per l'innovazione, nelle procedure negoziate con indizione di gara, le stazioni appaltanti o gli enti concedenti invitano, simultaneamente, e per iscritto i candidati selezionati a presentare le rispettive offerte, a partecipare al dialogo o a negoziare. Con le stesse modalità, le stazioni appaltanti o gli enti concedenti invitano, nel caso di indizione di gara tramite un avviso periodico indicativo, gli operatori economici che già hanno espresso interesse a confermarlo.

2. Gli inviti indicano l'indirizzo digitale al quale sono stati resi direttamente disponibili i documenti di gara e le informazioni indicate di cui all'allegato II.9, Parte II. Se tali documenti non sono disponibili in modo gratuito, illimitato e diretto, per i motivi di cui all'articolo 88 e non sono disponibili con altri mezzi, gli inviti sono corredati del collegamento ipertestuale ai documenti di gara.

La disposizione recepisce la disciplina unionale (**art. 74 della direttiva 2014/25/UE**, a sua volta trasposto nell'**art. 131 D.Lgs. 50/2016**), con riferimento:

- alle **modalità di invito** a presentare le offerte, a partecipare al dialogo e a negoziare, in relazione alle procedure ristrette, ai dialoghi competitivi, ai partenariati per l'innovazione e alle procedure negoziate con indizione di gara (**co. 1**);
- al **contenuto degli inviti** ed alle **modalità di conoscenza** dei documenti di gara (**co. 2**).

*“Rispetto al testo previgente - osserva la **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** - è stato eliminato ogni riferimento (effettivamente non presente nell'art. 74 della direttiva 2014/25/UE) alle procedure negoziate senza previa indizione di gara, in maniera da evitare che, attraverso la disciplina degli inviti da comunicare*

agli offerenti, possa introdursi un obbligo di gara informale per la selezione della parte contraente, non discendente dal diritto unionale”.

Visto l'art. 89 del codice, cui si rinvia implicitamente, si segnala che l'articolo in oggetto utilizza - a differenza del primo - la locuzione “*indirizzo digitale*” in luogo di “*collegamento ipertestuale*”, sebbene debbano essere ritenute di **significato equivalente**.

Art. 166 – Informazioni a coloro che hanno chiesto una qualificazione, ai candidati e agli offerenti

1. *Per quanto riguarda le informazioni a coloro che hanno chiesto una qualificazione, ai candidati e agli offerenti, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 90 e ai commi 2, 3 e 4 del presente articolo.*
2. *Le stazioni appaltanti o gli enti concedenti che istituiscono o gestiscono un sistema di qualificazione informano i richiedenti della decisione assunta entro sei mesi dalla presentazione della domanda. Se la decisione richiede più di quattro mesi, entro due mesi dalla presentazione della domanda sono comunicate le ragioni della proroga ed è indicato il nuovo termine. La stazione appaltante o l'ente concedente comunica al richiedente le ragioni della proroga del termine e indica la data entro cui interverrà la decisione.*
3. *I richiedenti la cui qualificazione è respinta sono informati della decisione e delle relative motivazioni immediatamente e comunque entro quindici giorni dalla data della decisione di diniego. Le motivazioni si fondano sui criteri di qualificazione di cui all'articolo 168.*
4. *Le stazioni appaltanti o gli enti concedenti possono revocare la qualificazione solo per ragioni fondate sui criteri di qualificazione di cui all'articolo 168, informando per iscritto l'operatore economico delle ragioni a fondamento della stessa, almeno quindici giorni prima della data fissata per la decisione.*

Si riproduce l'**art. 75 della direttiva 2014/25/UE**), in linea con l'**art. 132 D.Lgs. 50/2016**, con riferimento:

- all'individuazione del regime applicabile alle informazioni da fornire a coloro che hanno chiesto una qualificazione, ai candidati e agli offerenti (**co. 1**);
- al contenuto ed al termine entro cui le stazioni appaltanti o gli enti concedenti che istituiscono o gestiscono un sistema di qualificazione devono fornire informazioni ai richiedenti in relazione alla decisione sulla qualificazione (**co. 2**);
- al termine ed al contenuto delle informazioni da fornire ai richiedenti la cui qualificazione è respinta; l'uso dell'avverbio “*immediatamente*” manifesta l'esigenza di procedere con urgenza e, solo in via residuale, nel rispetto del termine finale di 15 giorni dalla data di decisione del diniego (**co. 3**);
- al contenuto ed al termine entro cui notificare il preavviso e la decisione di porre fine alla qualificazione (**co. 4**).

Merita di essere sottolineato come le ragioni di rigetto dell'istanza debbano fondarsi sui criteri di qualificazione *ex* art. 168 del codice.

Su tali criteri si fondano anche le eventuali esclusioni di operatori economici già iscritti ad un sistema di qualificazione, per le quali l'ultimo comma prevede una sorta di "preavviso di rigetto" analogo alla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza ex art. 10-bis L. 241/1990, visto e considerato che le ragioni fondanti l'esclusione devono essere comunicate all'operatore economico interessato 15 giorni prima della data fissata per la decisione.

PARTE IV

DELLA SELEZIONE DEI PARTECIPANTI E DELLE OFFERTE

Art. 167 – Ulteriori disposizioni applicabili nella scelta del contraente

1. Per la selezione dei partecipanti e delle offerte nelle procedure di scelta del contraente nei settori speciali si applicano le seguenti disposizioni:

- a) le stazioni appaltanti o gli enti concedenti che sono amministrazioni pubbliche nominano una commissione giudicatrice;
- b) sono rispettati i termini per la presentazione delle domande di partecipazione secondo quanto previsto dall'articolo 92, comma 1;
- c) salvo quanto stabilito dagli articoli 168 e 169, è accertata l'assenza delle cause di esclusione previste dagli articoli 94, 95, con riferimento agli accordi internazionali elencati nell'allegato XIV alla direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, 96, 97 e 98 ed è richiesta la documentazione prevista dall'articolo 99;
- d) salvo quanto stabilito dagli articoli 168 e 169, è richiesto il possesso dei requisiti di partecipazione previsti dagli articoli 100 e 103;
- e) è consentito il soccorso istruttorio con le modalità e nei limiti previsti dall'articolo 101;
- f) è stabilito che gli operatori economici presentino la documentazione prevista dagli articoli 91 e 105;
- g) è consentito il ricorso all'avvalimento secondo quanto previsto dall'articolo 104;
- h) è verificata la conformità delle offerte e aggiudicato l'appalto secondo quanto previsto dagli articoli 107, 108 e 110.

2. Quando selezionano i partecipanti a una procedura ristretta o negoziata, a un dialogo competitivo o per un partenariato per l'innovazione, quando decidono sulla qualificazione ai sensi dell'articolo 168 o quando dispongono l'aggiornamento dei sistemi di qualificazione, le stazioni appaltanti o gli enti concedenti:

- a) non impongono condizioni amministrative, tecniche o finanziarie a taluni operatori economici senza imporle ad altri;
- b) non esigono prove o giustificativi presenti nella documentazione valida già a disposizione.

La disciplina della Parte IV riprende – sia pur con significative differenze – quella di cui agli **artt. 133-139 D.Lgs. 50/2016**.

Si riprendono soprattutto le disposizioni di cui al **Titolo II, Capo III, Sezione III della direttiva 2014/25/UE (artt. 76 ss.)**.

Si opera in primo luogo una puntuale individuazione delle disposizioni applicabili anche all'ambito dei settori speciali per quanto riguarda la selezione dei partecipanti e delle offerte, nonché le procedure di scelta del contraente.

Ciò posto, il **co. 1**, sulle orme dell'**art. 133 D.Lgs. 50/2016**, indica le disposizioni relative allo svolgimento delle procedure di gara nei settori ordinari applicabili anche ai settori speciali, con una rilevante novità: viene **eliminata la clausola di compatibilità**, già fonte di molti dubbi interpretativi. Come spiegato dalla **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato**, *“viene in questo modo delineata una procedura di gara – per così dire – “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 sistema di qualificazione (art. 168) o alla procedura regolamentata (art. 169) e per tutto quanto non abbia specifica disciplina in queste ultime due procedure di gara”*.

Nel **co. 2** viene riproposta la regola, contenuta anche nell'art. 77 della direttiva 2014/25/UE, per la quale non è consentito agli enti aggiudicatori di aggravare la procedura richiedendo documenti dei quali essi siano già in possesso e comunque ponendo oneri solo a carico di taluni operatori e non di altri.

Art. 168 – Procedure di gara con sistemi di qualificazione

1. *Ai sensi dell'articolo 141, comma 4, lettera a), le stazioni appaltanti o gli enti concedenti possono istituire e gestire un sistema di qualificazione degli operatori economici. Gli operatori economici possono chiedere in qualsiasi momento di essere qualificati.*

2. *Con propri atti, pubblicati sui propri siti istituzionali e, comunque, trasmessi agli operatori economici interessati che ne facciano richiesta, le stazioni appaltanti o gli enti concedenti stabiliscono norme e criteri oggettivi per il funzionamento del sistema di qualificazione, che può essere articolato in vari stadi di qualificazione, l'eventuale aggiornamento periodico dello stesso e la sua durata. Essi disciplinano i requisiti relativi alle capacità economiche e finanziarie e alle capacità tecniche e professionali necessarie all'iscrizione al sistema; i requisiti possono anche essere quelli previsti dagli articoli 100 e 103 ed in tal caso si applicano gli articoli 91 e 105. Quando i criteri per l'iscrizione comportano il possesso di specifiche tecniche si applicano gli articoli 79, 80 e 105.*

3. *Le stazioni appaltanti o gli enti concedenti prevedono negli atti di cui al comma 2 che non possono essere iscritti gli operatori economici per i quali sussistano cause di esclusione ai sensi del combinato disposto degli articoli 94, 95, 96, 97, 98 e 169, e consentono in ogni caso di acquisire i requisiti di capacità richiesti per*

l'iscrizione secondo le modalità previste dall'articolo 104. Le norme e i criteri possono essere sempre aggiornati, dandone comunicazione agli operatori economici iscritti.

4. Gli operatori qualificati sono iscritti in un elenco, che può essere diviso in categorie in base al tipo di appalti per i quali la qualificazione è valida.

5. La stazione appaltante o l'ente concedente che istituisce e gestisce il sistema di qualificazione stabilisce i documenti, i certificati e le dichiarazioni sostitutive che devono corredare la domanda di iscrizione, e non può chiedere certificati o documenti che riproducono documenti validi già nella sua disponibilità. I documenti, i certificati e le dichiarazioni sostitutive, se redatti in una lingua diversa dall'italiano, sono accompagnati da una traduzione in lingua italiana certificata conforme al testo originale dalle autorità diplomatiche o consolari italiane del Paese in cui sono stati redatti, oppure da un traduttore ufficiale.

6. I contratti specifici per i lavori, le forniture e i servizi contemplati dal sistema di qualificazione sono aggiudicati con procedure ristrette o procedure negoziate cui possono partecipare o presentare offerta gli operatori iscritti nel sistema di qualificazione.

La disposizione riprende la formulazione dell'art. 134 D.Lgs. 50/2016, introducendo alcune novità. Si disciplina una procedura di gara alternativa rispetto a quella ordinaria dell'art. 167 del codice (a sua volta omogenea a quella che si svolge nei settori ordinari): si tratta, infatti, di una procedura di **gara indetta sulla base di un sistema di qualificazione**.

Il **co. 1** consente alle stazioni appaltanti o agli enti concedenti di istituire un sistema di qualificazione, definendo con propri atti interni i **requisiti** necessari per ottenere l'iscrizione (**co. 2**).

Il **co. 3** prevede l'obbligo per le stazioni appaltanti o gli enti concedenti di prevedere nei loro atti l'impossibilità di iscrivere operatori economici per i quali sussista una causa di esclusione *ex artt. 94 ss. del codice*.

Il **co. 4** stabilisce che gli operatori qualificati sono iscritti in un **elenco**, che può essere **diviso in categorie** in base al tipo di appalti per i quali si prevede la qualificazione.

Il **co. 5** prevede che siano le stazioni appaltanti o gli enti concedenti a indicare i documenti, certificati e dichiarazioni sostitutive richiesti per la qualificazione, nel rispetto del principio di non aggravamento della procedura.

Il **co. 6** specifica che le stazioni appaltanti o gli enti concedenti che indicano procedure sulla base di un sistema di qualificazione utilizzano **procedure ristrette o negoziate** alle quali possono partecipare solo operatori qualificati.

Art. 169 – Procedure di gara regolamentate

1. Con propri atti, pubblicati sui propri siti istituzionali e, comunque, accessibili a tutti gli operatori economici interessati, ferme le cause di esclusione automatica di cui all'articolo 94, le imprese pubbliche e i soggetti titolari

di diritti speciali esclusivi possono stabilire preventivamente quali condotte costituiscono gravi illeciti professionali agli effetti degli articoli 95, comma 1, lettera e) e 98.

2. Qualora le stazioni appaltanti o gli enti concedenti si trovino nella necessità di garantire un equilibrio adeguato tra le caratteristiche specifiche della procedura di appalto e i mezzi necessari alla sua realizzazione, nelle procedure ristrette o negoziate, nei dialoghi competitivi oppure nei partenariati per l'innovazione possono definire norme e criteri oggettivi che rispecchino tale necessità e consentano alla stazione appaltante o all'ente concedente di ridurre il numero di candidati che saranno invitati a presentare un'offerta. Il numero dei candidati prescelti tiene conto dell'esigenza di garantire una adeguata concorrenza.

La disposizione succede all'**art. 135 D.Lgs. 50/2016**.

*“Si tratta di procedure di gara che - queste le parole della **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** - sono precedute dall'adozione di atti interni con i quali stazioni appaltanti o gli enti concedenti adottano una propria disciplina in merito alle cause di esclusione e ai criteri di selezione e sulla base di questa disciplina svolgono tali procedure di gara”.*

In particolare, al **co. 1** è statuito che le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti esclusivi possono elaborare **proprie regole in materia di cause di esclusione**, definendo quali condotte siano rilevanti come *“grave illecito professionale”* ex artt. 95-98 del codice.

Il **co. 2**, coerentemente con la direttiva 2014/25/UE, dispone che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possano ridurre – **previa fissazione di criteri oggettivi di selezione** – il numero dei candidati che saranno invitati a presentare offerta.

Art. 170 – Offerte contenenti prodotti originari di Paesi terzi

1. Fatti salvi gli obblighi assunti nei confronti dei Paesi terzi, il presente articolo si applica a offerte contenenti prodotti originari di Paesi terzi con i quali l'Unione europea non ha concluso, in un contesto multilaterale o bilaterale, un accordo che garantisca un accesso comparabile ed effettivo delle imprese dell'Unione europea ai mercati di tali Paesi terzi.

2. Qualsiasi offerta presentata per l'aggiudicazione di un appalto di forniture può essere respinta se la parte dei prodotti originari di Paesi terzi, ai sensi del regolamento (UE) n. 952/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 ottobre 2013, supera il 50 per cento del valore totale dei prodotti che compongono l'offerta. In caso di mancato respingimento dell'offerta a norma del presente comma, la stazione appaltante o l'ente concedente motiva debitamente le ragioni della scelta e trasmette all'Autorità la relativa documentazione. Aifini del presente articolo, i software impiegati negli impianti delle reti di telecomunicazione sono considerati prodotti.

3. Salvo il disposto del terzo periodo del presente comma, se due o più offerte si equivalgono in base ai criteri di aggiudicazione di cui all'articolo 108, è preferita l'offerta che non può essere respinta a norma del comma 2 del presente articolo. Il valore delle offerte è considerato equivalente, ai fini del presente articolo, se la differenza di prezzo non supera il 3 per cento. Tuttavia, un'offerta non è preferita ad un'altra in virtù del presente comma,

se la stazione appaltante o l'ente concedente, accettandola, è tenuto ad acquistare materiale con caratteristiche tecniche diverse da quelle del materiale già esistente, con conseguente incompatibilità o difficoltà tecniche di uso o di manutenzione o costi sproporzionati.

4. Ai fini del presente articolo, per determinare la parte dei prodotti originari dei Paesi terzi di cui al comma 2, sono esclusi i Paesi terzi ai quali, con decisione del Consiglio dell'Unione europea ai sensi del comma 1, è stato esteso il beneficio del codice.

5. In coerenza con quanto previsto dal comma 2, tra i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'articolo 108, comma 4, può essere considerato dalla stazione appaltante, per ciascuna delle voci merceologiche che compongono l'offerta, il valore percentuale dei prodotti originari di Paesi terzi, ai sensi del regolamento (UE) n. 952/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 ottobre 2013, rispetto al valore totale dei prodotti che compongono l'offerta. Le stazioni appaltanti garantiscono che il criterio di cui al primo periodo sia applicato nel rispetto dei principi di non discriminazione nei rapporti con i Paesi terzi e proporzionalità.

L'articolo è in linea con quanto già previsto dall'art. 85 della direttiva 2014/25/UE, a sua volta recepito dall'art. 137 D.Lgs. 50/2016.

La disposizione istituisce un **sistema di preferenza dei prodotti europolitani** e, al tempo stesso, fissa un complesso di regole atto a salvaguardare l'integrità del mercato europeo, garantendo il rispetto delle condizioni di reciprocità degli operatori economici europei nel mercato pubblico di Paesi terzi. Il **co. 1** si applica alle **offerte contenenti prodotti originari di Paesi terzi** con cui l'Unione europea non ha concluso, in un contesto multilaterale o bilaterale, un accordo che garantisca un accesso comparabile ed effettivo delle imprese dell'Unione ai mercati di tali Paesi terzi.

La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** precisa poi che "non sono, altresì, considerati prodotti di Paesi terzi quelli a cui, con decisione del Consiglio dell'Unione europea, è stato esteso il beneficio di essere destinatari delle disposizioni contenute nelle Direttive europee in materia di appalti pubblici" in quanto "il presupposto per l'applicazione di tale disciplina non è costituito dalla nazionalità delle imprese offerenti, ovvero dal luogo ove è ubicata la sede legale e amministrativa, quanto piuttosto dall'origine dei prodotti": ne deriva, pertanto, che "la disposizione non può che trovare applicazione nei soli casi di appalti di forniture".

Il **co. 2** attribuisce agli enti aggiudicatori la **facoltà di rifiutare qualsiasi offerta** presentata per l'aggiudicazione di un appalto che abbia ad oggetti prodotti originari di Paesi terzi (secondo quanto previsto dal Regolamento UE 952/2013), nel caso in cui tali prodotti - nel cui novero sono inclusi anche i software impiegati nelle reti di telecomunicazione - **superino il 50% della totalità dell'offerta**.

Nel caso in cui l'ente aggiudicatore decida di non rigettare un'offerta composta per la maggior parte da prodotti di Paesi terzi, dovrà motivarne debitamente la scelta alle Autorità europee, previa trasmissione della relativa documentazione (c.d. **principio dell'"apply or explain"**).

Il **co. 3**, invece, prevede che, nel caso di due o più offerte equivalenti ovvero che non presentino una differenza di prezzo superiore al 3%, **prevale quella che non contenga prodotti per la maggior parte provenienti da Paesi terzi.**

Fa eccezione il caso in cui l'ente aggiudicatore, preferendo l'offerta composta da prodotti europei od oggetto di accordi internazionali, è tenuto ad acquistare materiale con caratteristiche tecniche diverse da quelle del materiale già esistente, con conseguente incompatibilità o difficoltà tecniche di uso o di manutenzione o costi sproporzionati.

Il **co. 4** individua una specifica **esclusione** dalle previsioni del presente articolo di taluni Paesi terzi individuati con decisione del Consiglio dell'UE.

Infine, il **co. 5** prevede che tra i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa possa essere considerato, per ciascuna delle voci merceologiche che compongono l'offerta, il valore **percentuale dei prodotti originari di Paesi terzi** rispetto al valore totale dei prodotti che compongono l'offerta, garantendo che tale criterio sia applicato nel rispetto dei principi di non discriminazione nei rapporti con i Paesi terzi e proporzionalità.

Art. 171 – Relazioni con Paesi terzi in materia di lavori, servizi e forniture

1. Su segnalazione da parte del Ministero delle imprese e del made in Italy o del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, la Cabina di regia di cui all'[articolo 221](#) informa la Commissione europea di ogni difficoltà d'ordine generale, di fatto o di diritto, incontrata dalle imprese italiane nell'ottenere l'aggiudicazione di appalti di servizi in Paesi terzi e da esse riferita con particolare riferimento all'inosservanza delle disposizioni internazionali di diritto del lavoro elencate nell'allegato XIV alla direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014.

2. Sono fatti salvi gli impegni assunti nei confronti dei Paesi terzi derivanti da accordi internazionali in materia di appalti pubblici, in particolare nel quadro dell'Organizzazione mondiale del commercio.

L'articolo, che riprende l'**art. 138 D.Lgs. 50/2016** (già attuativo dell'**art. 86 della direttiva 2014/25/UE**), regola i flussi informativi dello Stato italiano nei confronti della Commissione Europea.

In particolare, si attribuisce alla Cabina di Regia, istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, l'**obbligo di informare la Commissione Europea** - su segnalazione da parte del Ministero delle imprese e del made in Italy o del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale - di tutte le eventuali **difficoltà incontrate dalle imprese italiane nell'ottenere l'aggiudicazione di appalti in Paesi terzi**, con riguardo all'inosservanza della convenzioni internazionali di diritto del lavoro indicate all'Allegato XIV alla direttiva 2014/25/UE.

Il **co. 2** recepisce a livello nazionale l'obbligo dello Stato italiano di rispettare gli impegni assunti con i Paesi terzi in materia di appalti pubblici, convenuti nel quadro dell'Organizzazione mondiale del commercio.

Art. 172 – Relazioni uniche sulle procedure di aggiudicazione degli appalti

1. *Le stazioni appaltanti o gli enti concedenti conservano le informazioni appropriate relative a ogni appalto o accordo quadro disciplinato dal codice e ogniqualvolta sia istituito un sistema dinamico di acquisizione. Tali informazioni sono sufficienti a consentire loro, in una fase successiva, di giustificare le decisioni riguardanti:*

- a) la qualificazione e la selezione degli operatori economici e l'aggiudicazione degli appalti;*
- b) l'utilizzazione di procedure negoziate non precedute da una gara a norma dell'articolo 76;*
- c) la mancata applicazione delle disposizioni sulle tecniche e strumenti per gli appalti e strumenti digitali e aggregati e delle disposizioni sullo svolgimento delle procedure di scelta del contraente del presente codice, in virtù delle deroghe ivi previste;*
- d) se del caso, le ragioni per le quali per la trasmissione in via digitale sono stati usati mezzi di comunicazione diversi dai mezzi digitali.*

2. *Se l'avviso di aggiudicazione dell'appalto stilato a norma dell'articolo 111 o dell'articolo 127, comma 3, contiene le informazioni richieste dal comma 1, le stazioni appaltanti o gli enti concedenti possono fare riferimento a tale avviso.*

3. *Le stazioni appaltanti o gli enti concedenti documentano lo svolgimento di tutte le procedure di aggiudicazione, indipendentemente dal fatto che esse siano condotte con mezzi digitali o meno. A tale scopo, garantiscono la conservazione di una documentazione sufficiente a giustificare decisioni adottate in tutte le fasi della procedura di appalto, in particolare la documentazione relativa alle comunicazioni con gli operatori economici e le deliberazioni interne, la preparazione dei documenti di gara, il dialogo o la negoziazione se previsti, la selezione e l'aggiudicazione dell'appalto. La documentazione è conservata per almeno cinque anni a partire dalla data di aggiudicazione dell'appalto, oppure, in caso di pendenza di una controversia, fino al passaggio in giudicato della relativa sentenza.*

4. *Le informazioni o la documentazione o i principali elementi sono comunicati alla Cabina di regia di cui all'articolo 221, per l'eventuale successiva comunicazione alla Commissione europea o alle autorità, agli organismi o alle strutture competenti.*

La disposizione, in linea con l'**art. 139 D.Lgs. 50/2016**, recepisce i principi di cui all'**art. 100 della direttiva 2014/25/UE**, individuando in capo agli enti aggiudicatori nell'ambito dei settori speciali il **generale obbligo di relazionare** e rilevare in un unico documento le informazioni delle procedure indette.

Il **co. 1** stabilisce, infatti, che gli enti aggiudicatori debbono **conservare le informazioni** sugli appalti, sugli accordi quadro e sui sistemi dinamici di acquisizione.

Qualora l'avviso di aggiudicazione dell'appalto contenga già le informazioni indicate al co.1, è consentito fare riferimento a tale strumento *per relationem*.

Il **co. 3** impone agli enti aggiudicatori un generale obbligo di tracciabilità dei processi decisionali assunti e di **conservazione della documentazione** relativa alle procedure di gara indette: in particolare, per quanto attiene all'obbligo di conservazione, stabilisce un termine minimo di **5 anni**, decorrenti dalla data di aggiudicazione dell'appalto.

Nel caso di controversia, la documentazione deve essere conservata **sino al passaggio in giudicato della sentenza**.

Il **co. 4** prevede poi che le informazioni, la documentazione e i principali elementi compositivi delle procedure indette dagli enti aggiudicatori debbano essere **comunicati alla Cabina di Regia**, quale ente istituzionalmente preposto a comunicare con la Commissione Europea e con le altre Autorità competenti in materia.

Art. 173 – Servizi sociali e altri servizi assimilati

Fermo restando quanto previsto dall'articolo 141, comma 2, per l'aggiudicazione degli appalti di servizi sociali e di altri servizi assimilati di cui all'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 nei settori speciali di cui al presente Libro si applicano gli articoli 127, 128, 129, 130 e 131, fermo restando quanto previsto dal Titolo VII del codice del Terzo settore, di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117.

L'articolo enumera le disposizioni applicabili per l'aggiudicazione di appalti di servizi sociali e di altri servizi assimilati.

*“La disciplina in questione si rende necessaria - precisa la **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** - in quanto la direttiva 2014/25/UE (artt. 91 ss.) reca a propria volta una disciplina specifica di tali particolari regimi di appalto, disciplinandone in modo peculiare svariati aspetti (come le modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi, nonché i principi per l'aggiudicazione)”.*

Si comprende, dunque, come la scelta legislativa sia quella di **richiamare la normativa codicistica** per l'affidamento dei servizi sociali e degli altri servizi assimilati **nei settori ordinari**, fatto salvo quanto previsto dal cd. Codice del Terzo Settore di cui al **D.Lgs. 117/2017** e dall'**art. 141, co. 2 del codice**: quest'ultimo, infatti, dispone che le previsioni del Libro III vengono applicate dalle imprese pubbliche ed ai privati titolari di diritti speciali o esclusivi unicamente per i contratti strumentali all'esercizio delle attività di cui agli **artt. 146-152** del codice.

LIBRO QUARTO

DEL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO E DELLE CONCESSIONI

PARTE I

DISPOSIZIONI GENERALI

Art. 174 – Nozione

1. *Il partenariato pubblico-privato è un'operazione economica in cui ricorrono congiuntamente le seguenti caratteristiche:*

- a) tra un ente concedente e uno o più operatori economici privati è instaurato un rapporto contrattuale di lungo periodo per raggiungere un risultato di interesse pubblico;*
- b) la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto proviene in misura significativa da risorse reperite dalla parte privata, anche in ragione del rischio operativo assunto dalla medesima;*
- c) alla parte privata spetta il compito di realizzare e gestire il progetto, mentre alla parte pubblica quello di definire gli obiettivi e di verificarne l'attuazione;*
- d) il rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi è allocato in capo al soggetto privato.*

2. *Per ente concedente, ai sensi della lettera a) del comma 1, si intendono le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori di cui all'articolo 1 della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014.*

3. *Il partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale comprende le figure della concessione, della locazione finanziaria e del contratto di disponibilità, nonché gli altri contratti stipulati dalla pubblica amministrazione con operatori economici privati che abbiano i contenuti di cui al comma 1 e siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela. L'affidamento e l'esecuzione dei relativi contratti sono disciplinati dalle disposizioni di cui ai Titoli II, III e IV della Parte II. Le modalità di allocazione del rischio operativo, la durata del contratto di partenariato pubblico-privato, le modalità di determinazione della soglia e i metodi di calcolo del valore stimato sono disciplinate dagli articoli 177, 178 e 179.*

4. *Il partenariato pubblico-privato di tipo istituzionale si realizza attraverso la creazione di un ente partecipato congiuntamente dalla parte privata e da quella pubblica ed è disciplinato dal testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, e dalle altre norme speciali di settore.*

5. *I contratti di partenariato pubblico-privato possono essere stipulati solo da enti concedenti qualificati ai sensi dell'articolo 63.*

Gli artt. 174-175 sostituiscono gli artt. 179-180-181 e 182 del previgente codice che disciplinavano il partenariato pubblico-privato.

Il **co. 1** introduce una **nuova nozione generale di partenariato pubblico-privato**, comprensiva sia del partenariato pubblico-privato contrattuale, sia del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato.

Il **co. 2** precisa che per *“ente concedente”*, ai sensi del co. 1, lett. a), si intendono le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori di cui all’art. 1 della direttiva n. 2014/23/UE.

Il **co. 3** chiarisce il rapporto di **genus a species esistente tra il partenariato pubblico-privato (contrattuale)**, le concessioni e le altre tipologie contrattuali, quali la locazione finanziaria e il contratto di disponibilità.

La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** sottolinea che *“il partenariato pubblico-privato è stato concepito come istituto di carattere generale di cui le concessioni, la locazione finanziaria e il contratto di disponibilità costituiscono altrettante specie”*, per affermare poi che *“viene introdotto un ampio rinvio alla capacità generale di diritto privato, e ciò al fine di consentire alle amministrazioni di ricorrere a figure contrattuali atipiche, e non solo ai contratti nominati già previsti nel codice, dando così attuazione alla legge delega che prevede l’estensione delle forme di partenariato pubblico-privato”*.

Ne deriva che i contratti debbono avere i **contenuti di cui al co. 1**, dovendo essere diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela.

Sempre nel co. 3 è stato introdotto un **rinvio generale alla disciplina relativa alle concessioni**, quanto riguarda l’allocazione del rischio operativo, la durata del contratto, le modalità di determinazione della soglia e i metodi di calcolo del valore stimato.

Il **co. 4** chiarisce in cosa consiste il **partenariato pubblico-privato di tipo istituzionale**, evidenziando che esso si realizza attraverso la creazione di un ente partecipato congiuntamente dalla parte privata e da quella pubblica, rinviando alla disciplina contenuta nel D.Lgs. 175/2016 e nelle altre norme speciali di settore.

Il **co. 5** precisa che i contratti di partenariato pubblico-privato possono essere **stipulati solo da enti concedenti qualificati**.

Art. 175 – Programmazione, valutazione preliminare, controllo e monitoraggio

1. Le pubbliche amministrazioni adottano il programma triennale delle esigenze pubbliche idonee a essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato.

2. Il ricorso al partenariato pubblico-privato è preceduto da una valutazione preliminare di convenienza e fattibilità. La valutazione si incentra sull’idoneità del progetto a essere finanziato con risorse private, sulle condizioni necessarie a ottimizzare il rapporto tra costi e benefici, sulla efficiente allocazione del rischio

operativo, sulla capacità di generare soluzioni innovative, nonché sulla capacità di indebitamento dell'ente e sulla disponibilità di risorse sul bilancio pluriennale. A tal fine, la valutazione confronta la stima dei costi e dei benefici del progetto di partenariato, nell'arco dell'intera durata del rapporto, con quella del ricorso alternativo al contratto di appalto per un arco temporale equivalente.

3. Nei casi di progetti di interesse statale oppure di progetti finanziati con contributo a carico dello Stato, per i quali non sia già previsto che si esprima il CIPESS, gli enti concedenti interessati a sviluppare i progetti secondo la formula del partenariato pubblico-privato, il cui ammontare dei lavori o dei servizi sia di importo pari o superiore a 250 milioni di euro, richiedono parere, ai fini della valutazione preliminare di cui al comma 2, al CIPESS, sentito il Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Il CIPESS si pronuncia entro quarantacinque giorni dalla richiesta. Nei casi di progetti di interesse statale o finanziati con contributo a carico dello Stato, per i quali non sia prevista l'espressione del CIPESS, gli enti concedenti interessati a sviluppare i progetti secondo la formula del partenariato pubblico-privato, il cui ammontare dei lavori o dei servizi sia di importo pari o superiore a 50 milioni di euro e inferiore a 250 milioni di euro, richiedono un parere preventivo, non vincolante, ai fini della valutazione preliminare di cui al comma 2, al Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica (DIPE) della Presidenza del Consiglio dei ministri; tale parere è emesso di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato entro quarantacinque giorni dalla richiesta; decorso il termine, salvo sospensione per integrazione documentale secondo quanto previsto dall'articolo 2, comma 7, della legge 7 agosto 1990, n. 241, si applica l'articolo 16, comma 2, della legge n. 241 del 1990. I suddetti pareri devono essere chiesti prima della pubblicazione del bando di gara in caso di progetto a iniziativa pubblica ovvero prima della dichiarazione di fattibilità in caso di progetto a iniziativa privata. Il Presidente del Consiglio dei ministri, dopo la valutazione preliminare, può sottoporre lo schema di contratto ai pareri del Consiglio superiore dei lavori pubblici e del Consiglio di Stato, anche per la valutazione di profili diversi da quello della convenienza.

4. Le regioni e gli enti locali possono richiedere il parere del DIPE di cui al comma 3 quando la complessità dell'operazione contrattuale lo richieda.

5. L'ente concedente, sentito l'operatore economico, affida al RUP nominato ai sensi dell'articolo 15 le funzioni di responsabile unico del progetto di partenariato. Il responsabile coordina e controlla, sotto il profilo tecnico e contabile, l'esecuzione del contratto, verificando costantemente il rispetto dei livelli di qualità e quantità delle prestazioni.

6. L'ente concedente esercita il controllo sull'attività dell'operatore economico, verificando in particolare la permanenza in capo all'operatore economico del rischio operativo trasferito. L'operatore economico fornisce tutte le informazioni necessarie allo scopo, con le modalità stabilite nel contratto.

7. Il monitoraggio dei partenariati pubblici privati è affidato alla Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica e al Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, che lo esercitano tramite l'accesso al portale sul monitoraggio dei contratti di partenariato pubblico privato istituito presso la Ragioneria generale dello Stato mediante il quale gli enti concedenti sono tenuti a trasmettere le informazioni sui contratti stipulati. Gli enti concedenti sono tenuti altresì a dare evidenza dei contratti di partenariato pubblico privato stipulati mediante apposito allegato al bilancio d'esercizio con l'indicazione del codice unico di progetto (CUP) e del codice identificativo di gara (CIG), del valore complessivo del contratto, della durata, dell'importo del contributo pubblico e dell'importo dell'investimento a carico del privato.

8. Sul portale di cui al comma 7 sono pubblicati e aggiornati periodicamente le migliori prassi in materia di forme e caratteristiche tecniche di finanziamento di partenariato pubblico-privato più ricorrenti sul mercato.

9. Ai soli fini di contabilità pubblica, si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat a cui sono tenute le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, commi 2 e 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196.

Il **co. 1** prevede l'adozione di un **programma triennale delle esigenze pubbliche** idonee ad essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato, così da garantire la massima trasparenza nei confronti degli operatori economici, degli investitori istituzionali e della collettività. La pubblicazione del programma può essere fonte di un dibattito pubblico sui progetti di maggior rilievo sociale.

Il **co. 2** prevede che il ricorso al partenariato pubblico-privato deve essere preceduto da una **valutazione preliminare di convenienza e fattibilità**, incentrata sull'idoneità del progetto a essere finanziato con risorse private e sulla possibilità di ottimizzare il rapporto costi e benefici, nonché sull'efficiente allocazione del rischio operativo, sulla capacità di generare soluzioni innovative, sulla capacità di indebitamento dell'ente e sulla disponibilità di risorse sul bilancio pluriennale.

Il **co. 3** prevede una speciale disciplina acceleratoria per l'acquisizione dei prescritti pareri in favore degli enti concedenti interessati a sviluppare, secondo la formula del partenariato pubblico-privato, progetti di interesse statale o progetti finanziati con contributo a carico dello Stato.

Il **co. 4** estende alle regioni e agli enti locali la possibilità di richiedere il parere del Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica (DIPE) della Presidenza del Consiglio dei ministri nel caso in cui la complessità dell'operazione contrattuale lo richieda.

Il **co. 5** prevede che l'ente concedente, sentito l'operatore economico, affidi al **RUP**, nominato ai sensi dell'art. 15, le funzioni di responsabile unico del progetto di partenariato: il responsabile avrà il compito di coordinare e controllare, sia sotto il profilo tecnico, sia sotto il profilo contabile, l'esecuzione del contratto, verificando costantemente il rispetto dei livelli di qualità e quantità delle prestazioni.

Il **co. 6** evidenzia l'importanza che l'ente concedente verifichi la **permanenza in capo all'operatore economico del rischio operativo trasferito**: invero, come precisato dall'art. 174, co. 1 del codice, una delle caratteristiche imprescindibili delle operazioni di partenariato pubblico-privato è che il rischio operativo ricada sull'operatore economico, essendo centrale che l'ente concedente verifichi costantemente (anche durante tutta la fase di esecuzione del progetto di partenariato) che tale rischio non sia stato in qualche modo, di fatto, trasferito in capo all'ente concedente.

Il **co. 7** prevede che il **monitoraggio dei partenariati pubblici-privati** sia affidato alla Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica e al Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato.

PARTE II

DEI CONTRATTI DI CONCESSIONE

TITOLO I

L'AMBITO DI APPLICAZIONE E I PRINCIPI GENERALI

Art. 176 – Oggetto e ambito di applicazione

- 1. La presente Parte disciplina le procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione indette da enti concedenti e la relativa esecuzione.*
- 2. Alle concessioni di servizi economici d'interesse generale si applicano le norme della presente Parte, ferme restando le specifiche esclusioni previste dal codice. Per i profili non disciplinati si applica il decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201, nonché le altre norme speciali di settore.*

La Parte II attua la **direttiva 2014/23/UE**, cui si deve l'introduzione di una disciplina armonizzata della materia.

Il **co. 1** definisce l'oggetto della disciplina dettata dalla Parte II, ovvero le procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione indette da enti concedenti e la relativa esecuzione.

Il **co. 2** si riferisce alla specifica tipologia di concessioni aventi ad oggetto i **servizi economici d'interesse generale**, in cui rientrano tanto i servizi rivolti alla collettività – e, dunque, le attività economiche assunte dalle amministrazioni nell'ambito delle rispettive competenze – quanto i servizi forniti alla stessa amministrazione concedente, con uno strumento alternativo all'appalto di servizi. In relazione alla regolazione economica del servizio pubblico, è dirimente il **D.Lgs. 201/2022**, così come le altre norme speciali di settore, data la complementarietà dei due corpi normativi.

Art. 177 – Contratto di concessione e traslazione del rischio operativo

- 1. L'aggiudicazione di una concessione comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi e comprende un rischio dal lato della domanda o dal lato dell'offerta o da entrambi. Per rischio dal lato della domanda si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto. Per rischio dal lato dell'offerta si intende il rischio associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda al livello qualitativo e quantitativo dedotto in contratto.*
- 2. Si considera che il concessionario abbia assunto il rischio operativo quando, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una effettiva*

esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile. Ai fini della valutazione del rischio operativo deve essere preso in considerazione il valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario.

3. Il rischio operativo, rilevante ai fini della qualificazione dell'operazione economica come concessione, è quello che deriva da fattori eccezionali non prevedibili e non imputabili alle parti. Non rilevano rischi connessi a cattiva gestione, a inadempimenti contrattuali dell'operatore economico o a cause di forza maggiore.

4. I contratti remunerati dall'ente concedente senza alcun corrispettivo in denaro a titolo di prezzo si configurano come concessioni se il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore dipende esclusivamente dalla domanda del servizio o del bene, oppure dalla loro fornitura. Nelle operazioni economiche comprendenti un rischio soltanto sul lato dell'offerta il contratto prevede che il corrispettivo venga erogato solo a fronte della disponibilità dell'opera, nonché un sistema di penali che riduca proporzionalmente o annulli il corrispettivo dovuto all'operatore economico nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera, di ridotta o mancata prestazione dei servizi, oppure in caso di mancato raggiungimento dei livelli qualitativi e quantitativi della prestazione assunta dal concessionario. Le variazioni del corrispettivo devono, in ogni caso, essere in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme dell'investimento, dei costi e dei ricavi.

5. L'assetto di interessi dedotto nel contratto di concessione deve garantire la conservazione dell'equilibrio economico-finanziario, intendendosi per tale la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza — 153 — 31-3-2023 Supplemento ordinario n. 12/L alla GAZZETTA UFFICIALE Serie generale - n. 77 economica e sostenibilità finanziaria. L'equilibrio economico-finanziario sussiste quando i ricavi attesi del progetto sono in grado di coprire i costi operativi e i costi di investimento, di remunerare e rimborsare il capitale di debito e di remunerare il capitale di rischio.

6. Se l'operazione economica non può da sola conseguire l'equilibrio economico-finanziario, è ammesso un intervento pubblico di sostegno. L'intervento pubblico può consistere in un contributo finanziario, nella prestazione di garanzie o nella cessione in proprietà di beni immobili o di altri diritti. Non si applicano le disposizioni sulla concessione, ma quelle sugli appalti, se l'ente concedente attraverso clausole contrattuali o altri atti di regolazione settoriale sollevi l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale, garantendogli un ricavo minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi che l'operatore economico deve sostenere in relazione all'esecuzione del contratto. La previsione di un indennizzo in caso di cessazione anticipata della concessione per motivi imputabili all'ente concedente, oppure per cause di forza maggiore, non esclude che il contratto si configuri come concessione.

7. Ai soli fini di contabilità pubblica si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento di un contributo pubblico, in misura superiore alla percentuale indicata nelle decisioni Eurostat e calcolato secondo le modalità ivi previste, non ne consente la contabilizzazione fuori bilancio.

Il **co. 1** precisa l'**assetto di interessi** confluenti nel contratto di concessione, in cui l'ente concedente affida ad un operatore economico, selezionato mediante gara, l'esecuzione di lavori o la fornitura e la gestione di un servizio, remunerandolo unicamente attraverso "il diritto di gestire le opere o i servizi oggetto del contratto" ovvero tale diritto "accompagnato da un prezzo", e sempreché il concessionario si assuma il "**rischio operativo** legato alla gestione delle opere o dei servizi".

Il **co. 2** detta invece le condizioni in presenza delle quali il rischio può ritenersi "**traslato**".

Il **co. 3** evidenzia la differenza tra la traslazione del rischio operativo e altri accadimenti contrattuali non rilevanti (cattiva gestione, inadempimenti, cause di forza maggiore).

Il **co. 4** delinea l'ambito applicativo della concessione, recependo la tripartizione dottrinarie delle opere suscettibili di realizzazione mediante strumenti alternativi all'appalto: **opere calde, opere tiepide, opere fredde**.

Il **co. 5** raccorda le **nozioni di rischio operativo ed equilibrio economico-finanziario**: la traslazione del primo incide infatti sulla definizione del secondo.

Se l'operazione economica non può da sola conseguire l'equilibrio economico-finanziario, è ammesso un intervento pubblico di sostegno (**prezzo**), che può consistere in un contributo finanziario, nella prestazione di garanzie o nella cessione in proprietà di beni immobili o di altri diritti (**co. 6**).

A livello contabile **sparisce il riferimento al 49%** del costo dell'investimento complessivo quale limite massimo per il "prezzo", stabilendosi che, ai soli fini di contabilità pubblica, l'eventuale riconoscimento di un contributo pubblico, in misura superiore alla percentuale indicata nelle decisioni Eurostat e calcolato secondo le modalità ivi previste, non ne consente la contabilizzazione fuori bilancio, senza che ciò escluda che, ricorrendo gli elementi della fattispecie contrattuale, l'operazione economica possa essere qualificata concessoria ai fini dell'applicazione della disciplina sulle procedure di aggiudicazione e di esecuzione (**co. 7**).

Art. 178 – Durata della concessione

- 1. La durata delle concessioni è limitata ed è determinata dall'ente concedente in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario.*
- 2. Per le concessioni ultraquinquennali, la durata massima della concessione non supera il periodo di tempo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati nell'esecuzione dei lavori o dei servizi, insieme con un ritorno sul capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici assunti dal concessionario per rispondere alle esigenze riguardanti, ad esempio, la qualità o il prezzo per gli utenti ovvero il perseguimento di elevati standard di sostenibilità ambientale.*
- 3. Gli investimenti presi in considerazione ai fini del calcolo comprendono sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione.*
- 4. La durata massima della concessione deve essere indicata nei documenti di gara, a meno che essa non sia utilizzata come criterio di aggiudicazione del contratto.*
- 5. La durata dei contratti di concessione non è prorogabile, salvo per la revisione di cui all'articolo 192, comma 1. I contratti aggiudicati senza gara di cui all'articolo 186, comma 2, non sono in nessun caso prorogabili. Al termine della concessione, per il tempo strettamente necessario all'espletamento delle procedure di selezione del concessionario, la gestione delle tratte autostradali è affidata al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti*

che, in relazione alla specificità della tratta autostradale, per garantire adeguati standard di sicurezza e viabilità, valuta il modello più idoneo della gestione transitoria anche in relazione alle condizioni economiche.

Il **co. 1** stabilisce che la **durata delle concessioni è limitata** ed è determinata dall'ente concedente in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario.

Il **co. 2** prevede che, per le **concessioni ultraquinquennali**, la **durata massima** della concessione non possa superare il periodo di tempo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati nell'esecuzione dei lavori o dei servizi, insieme con un ritorno sul capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici assunti dal concessionario per rispondere alle esigenze riguardanti, ad esempio, la qualità o il prezzo per gli utenti ovvero il perseguimento di elevati standard di sostenibilità ambientale.

Il **co. 3** dispone che gli **investimenti** presi in considerazione ai fini del calcolo comprendono sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione.

Il **co. 4** prevede che la **durata massima della concessione deve essere indicata nei documenti di gara**, a meno che essa non sia utilizzata come criterio di aggiudicazione del contratto.

Il **co. 5** puntualizza che la durata dei contratti di concessione **non è prorogabile, salvo** per la revisione di cui all'art. 192 del codice, mentre i contratti aggiudicati senza gara ex art. 186, comma 2 del codice non sono in nessun caso prorogabili.

Art. 179 – Soglia e metodi di calcolo del valore stimato delle concessioni

1. *Il valore di una concessione è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'ente concedente, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi.*

2. *Il valore è stimato al momento dell'invio del bando di concessione o, nei casi in cui non sia previsto detto bando, al momento in cui l'ente concedente avvia la procedura di aggiudicazione della concessione. Se il valore della concessione al momento dell'aggiudicazione è superiore al valore stimato di oltre il 20 per cento, si considera il valore della concessione al momento dell'aggiudicazione.*

3. *Il valore stimato della concessione è calcolato secondo un metodo oggettivo specificato nei documenti di gara della concessione. Gli enti concedenti tengono conto, se del caso, anche dei seguenti elementi:*

a) il valore di eventuali clausole di opzione;

b) gli introiti derivanti dal pagamento, da parte degli utenti dei lavori e dei servizi, di tariffe e multe diverse da quelle riscosse per conto dell'ente concedente;

c) i pagamenti o qualsiasi vantaggio finanziario conferito al concessionario in qualsivoglia forma dall'ente concedente o da altre amministrazioni pubbliche, incluse le compensazioni per l'assolvimento di un obbligo di servizio pubblico e le sovvenzioni pubbliche di investimento;

d) il valore delle sovvenzioni o di qualsiasi altro vantaggio finanziario in qualsivoglia forma conferiti da terzi per l'esecuzione della concessione;

e) le entrate derivanti dalla vendita di elementi dell'attivo facenti parte della concessione;

f) il valore dell'insieme delle forniture e dei servizi messi a disposizione del concessionario dagli enti concedenti, purché siano necessari per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi; g) ogni premio o pagamento ai candidati o agli offerenti.

4. La scelta del metodo per il calcolo del valore stimato della concessione non può essere effettuata con l'intenzione di escludere tale concessione dall'ambito di applicazione del codice. Una concessione non può essere frazionata allo scopo di evitare che rientri nell'ambito di applicazione del codice, a meno che ragioni oggettive lo giustifichino.

5. Quando un'opera o un servizio proposti possono dar luogo all'aggiudicazione di una concessione per lotti distinti è computato il valore complessivo stimato dei lotti.

6. Quando il valore complessivo dei lotti è pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 14 la presente Parte si applica all'aggiudicazione di ciascun lotto.

La disposizione richiama l'**art. 8 della direttiva 2014/23/UE**.

Il **co. 1** prevede che il **valore di una concessione** è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'ente concedente, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi.

Il **co. 2** dispone che il valore è stimato **al momento dell'invio** del bando di concessione o, nei casi in cui non sia previsto detto bando, al momento in cui l'ente concedente **avvia la procedura** di aggiudicazione della concessione. Nel caso in cui il valore della concessione al momento dell'aggiudicazione sia superiore al valore stimato di oltre il 20%, si considera il valore della concessione **al momento dell'aggiudicazione**.

Il **co. 3** statuisce che il valore stimato della concessione è calcolato secondo un **metodo oggettivo specificato nei documenti di gara della concessione**.

Gli enti concedenti tengono conto, se del caso, anche dei seguenti elementi:

a) il valore di eventuali **clausole di opzione**;

b) gli introiti derivanti dal pagamento, da parte degli utenti dei lavori e dei servizi, di **tariffe e multe** diverse da quelle riscosse per conto dell'ente concedente;

c) i **pagamenti o qualsiasi vantaggio finanziario** conferito al concessionario in qualsivoglia forma dall'ente concedente o da altre amministrazioni pubbliche, incluse le **compensazioni** per l'assolvimento di un obbligo di servizio pubblico e le sovvenzioni pubbliche di investimento;

d) il valore delle **sovvenzioni** o di qualsiasi altro vantaggio finanziario in qualsivoglia forma conferiti da terzi per l'esecuzione della concessione;

e) le **entrate derivanti dalla vendita** di elementi dell'attivo facenti parte della concessione;

- f) il **valore dell'insieme delle forniture e dei servizi** messi a disposizione del concessionario dagli enti concedenti, purché siano necessari per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi;
- g) ogni **premio o pagamento ai candidati o agli offerenti**.

Il **co. 4** precisa che la scelta del metodo per il calcolo del valore stimato della concessione non può essere effettuata con l'intenzione di escludere tale concessione dall'ambito di applicazione del codice né una concessione può essere **frazionata** allo scopo di evitare che rientri nell'ambito di applicazione del codice, a meno che ragioni oggettive lo giustifichino.

Il **co. 5** dispone che quando un'opera o un servizio proposti possono dar luogo all'aggiudicazione di una concessione per lotti distinti è computato il **valore complessivo stimato dei lotti**.

Il **co. 6** afferma che quando il valore complessivo dei lotti è pari o superiore alla soglia di cui all'art. 14 del codice, la presente Parte si applica all'aggiudicazione di ciascun lotto.

Art. 180 – Contratti misti di concessione

- 1. Le concessioni aventi per oggetto sia lavori che servizi sono aggiudicate in conformità alle disposizioni applicabili alla prestazione che caratterizza l'oggetto principale delle concessioni stesse.*
- 2. Nel caso di concessioni miste che consistono in parte in servizi sociali e altri servizi specifici elencati all'allegato IV alla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, l'oggetto principale è determinato in base al valore stimato più elevato tra quelli dei rispettivi servizi.*
- 3. I contratti misti che contengono elementi della concessione ed elementi dell'appalto pubblico sono aggiudicati in conformità alla disciplina degli appalti.*
- 4. Se le diverse parti di un determinato contratto sono oggettivamente non separabili, il regime giuridico applicabile è determinato in base all'oggetto principale del contratto in questione. Nel caso in cui tali contratti contengano elementi sia di una concessione di servizi sia di un contratto di forniture, l'oggetto principale è determinato in base al valore stimato più elevato tra quelli dei rispettivi servizi o forniture.*
- 5. I contratti misti che contengono elementi delle concessioni di lavori e servizi, nonché elementi delle concessioni di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni, sono aggiudicati in conformità alla disciplina della presente Parte.*

Si recepisce l'**art. 20 della direttiva 2014/23/UE**, prevedendo la disciplina dei contratti misti di concessione.

Il **co. 1** precisa che le concessioni aventi per oggetto sia lavori sia servizi sono aggiudicate secondo le disposizioni applicabili al tipo di concessione che caratterizza l'**oggetto principale del contratto**.

Il **co. 2** individua la normativa applicabile ai contratti misti, secondo **metodologie** analoghe a quelle previste nei contratti misti di appalto.

Si stabilisce che, nel caso di contratti misti contenenti elementi di concessioni nonché elementi di appalti pubblici, il contratto misto è **aggiudicato in conformità alla disciplina degli appalti (co. 3)**, al fine di garantire l'applicazione derivante dal maggior dettaglio di queste ultime norme.

In secondo luogo, si statuisce che, se le **diverse parti di un determinato contratto sono oggettivamente non separabili**, il regime giuridico applicabile è determinato in base all'oggetto principale del contratto in questione: nel caso in cui tali contratti contengano elementi di una concessione di servizi così come di un contratto di forniture, l'oggetto principale è determinato in base al valore stimato più elevato tra quelli dei rispettivi servizi o forniture (**co. 4**).

Il **co. 5** prevede che i contratti misti che contengano elementi delle concessioni di lavori e servizi, nonché elementi delle concessioni di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni, sono aggiudicati in conformità alla disciplina della presente Parte.

Art. 181 – Contratti esclusi

*1. I servizi non economici d'interesse generale non rientrano nell'ambito di applicazione della presente Parte.
2. La presente Parte non si applica altresì alle concessioni di cui agli articoli 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17 della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014.
3. All'affidamento dei contratti di concessione esclusi dall'ambito di applicazione della presente Parte si applicano i principi dettati dal Titolo I della Parte I del Libro I.*

Il **co. 1** precisa che i **servizi non economici d'interesse generale** non rientrano nell'ambito di applicazione del presente Parte, in quanto estranei alla concorrenza e al mercato.

La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** evidenzia che *“si tratta, tuttavia, di ambiti oramai ristretti, riconducibili alle prerogative statali tradizionali (polizia, giustizia regimi legali di sicurezza sociale), e alle attività intrinsecamente non economiche (scuola dell'obbligo, previdenza sociale, e così via), come precisato dalla giurisprudenza europea (Corte di Giustizia, 27 settembre 1988, causa C-263/86; 17 febbraio 1993, cause riunite C-159/91 e C-160/91; 7 dicembre 1993, causa C-109/92; 14 dicembre 2014, causa C-113/13)”*.

Il **co. 2** rinvia alle **esclusioni** stabilite dagli **artt. 10, 11, 12, 13, 14, 16 e 17 della direttiva 2014/23/UE**.

Il **co. 3** prevede, in analogia con la disciplina degli appalti esclusi, che all'affidamento dei contratti di concessione esclusi dall'ambito di applicazione della presente Parte si applicano i principi dettati dal Titolo I della Parte I del Libro I.

TITOLO II

L'AGGIUDICAZIONE DELLE CONCESSIONI: PRINCIPI GENERALI E GARANZIE PROCEDURALI

Art. 182 – Bando

1. *Gli enti concedenti che intendono aggiudicare una concessione rendono nota tale intenzione per mezzo di un bando di concessione.*
2. *Il bando di concessione contiene le informazioni indicate nell'allegato IV.1 e, ove opportuno, ogni altra informazione ritenuta utile dall'ente concedente, anche secondo il formato dei modelli uniformi predisposti dall'Autorità di regolazione del settore. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato IV.1 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.*
3. *Gli enti concedenti:*
 - a) *precisano nel contratto di concessione che i beni pubblici o a destinazione pubblica eventualmente assegnati al concessionario per la gestione del servizio non possono essere utilizzati per lo svolgimento di attività economiche che non siano espressamente oggetto della procedura di affidamento;*
 - b) *possono prevedere che, per l'esecuzione di una quota dei servizi accessori affidati con la medesima procedura di gara, il concessionario si avvale di operatori economici terzi.*
4. *Il bando indica i requisiti tecnici e funzionali che definiscono le caratteristiche richieste per i lavori o i servizi oggetto della concessione.*
5. *I bandi e i relativi allegati, ivi compresi, a seconda dei casi, lo schema di contratto e il piano economico finanziario, sono definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità, intendendosi per tali la reperibilità sul mercato finanziario di risorse proporzionate ai fabbisogni, la sostenibilità di tali fonti e la congrua redditività del capitale investito. I bandi possono anche richiedere che le offerte siano corredate da manifestazioni di interesse dell'istituto finanziatore.*
6. *Gli enti concedenti che intendono aggiudicare una concessione per servizi sociali e altri servizi specifici elencati nell'allegato IV alla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, rendono nota l'intenzione di aggiudicare la prevista concessione mediante la pubblicazione di un avviso di preinformazione. Tali avvisi contengono le informazioni di cui all'allegato VI alla direttiva 2014/23/UE. — 156 — 31-3-2023 Supplemento ordinario n. 12/L alla GAZZETTA UFFICIALE Serie generale - n. 77*
7. *In deroga al comma 1, agli enti concedenti non è richiesto di pubblicare un bando di concessione quando i lavori o i servizi possono essere forniti soltanto da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni:*
 - a) *l'oggetto della concessione è la creazione o l'acquisizione di un'opera d'arte o di una rappresentazione artistica unica;*
 - b) *l'assenza di concorrenza per motivi tecnici;*
 - c) *l'esistenza di un diritto esclusivo;*

d) la tutela dei diritti di proprietà intellettuale e di diritti esclusivi diversi da quelli definiti all'articolo 5, punto 10, della direttiva 2014/23/UE.

8. Le eccezioni di cui al comma 7, lettere b), c) e d), si applicano unicamente qualora non esistano alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non sia il risultato di una limitazione artificiosa dei parametri per l'aggiudicazione della concessione.

9. All'ente concedente non è richiesto di pubblicare un nuovo bando di concessione qualora non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata o non sia stata depositata alcuna candidatura o alcuna candidatura appropriata in risposta a una precedente procedura di concessione, purché le condizioni iniziali del contratto di concessione non siano sostanzialmente modificate; in tal caso va presentata una relazione all'Autorità di regolazione del settore.

10. Un'offerta è ritenuta non appropriata se non presenta alcuna pertinenza con la concessione ed è quindi manifestamente inadeguata, a meno di modifiche sostanziali, a rispondere alle esigenze e ai requisiti dell'ente concedente specificati nei documenti di gara.

11. I bandi, gli avvisi di pre-informazione e gli avvisi di aggiudicazione relativi alle concessioni di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea sono redatti dagli enti concedenti e trasmessi all'ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea con le modalità previste dall'articolo 84. Gli avvisi di aggiudicazione delle concessioni contengono le informazioni di cui all'allegato VII alla direttiva 2014/23/UE o, in relazione alle concessioni di cui al comma 6 del presente articolo, le informazioni di cui all'allegato VIII alla stessa direttiva.

12. In ordine alla pubblicazione a livello nazionale di bandi, avvisi di pre-informazione e avvisi di aggiudicazione, si applica l'articolo 85.

La disposizione riprende l'**art. 31 della direttiva 2014/23/UE**.

Si rimette ordine concentrando in un unico testo due disposizioni prima disorganicamente collocate in due diversi articoli (**artt. 170-171 D.Lgs. 50/2016**); la norma riprende poi alcune importanti indicazioni della direttiva, non chiarite nel testo precedente.

Al **co. 1** si generalizza la **necessaria previa pubblicazione di un bando**, al fine di garantire la massima trasparenza, apertura al mercato e la più ampia partecipazione, nell'interesse concorrente di amministrazione ed imprese potenzialmente interessate.

Per il **contenuto del bando** il **co. 2** rinvia all'**Allegato IV.1**.

Secondo il **co. 3**, gli enti concedenti devono precisare nel contratto che i **beni pubblici o a destinazione pubblica eventualmente assegnati al concessionario** per la gestione del servizio non possono essere utilizzati per lo svolgimento di attività economiche che non siano espressamente oggetto della procedura di affidamento; gli enti concedenti, invece, possono prevedere che il concessionario **si avvalga di operatori economici terzi** per l'esecuzione di una quota dei servizi accessori affidati con la medesima gara.

Il **co. 4** specifica la necessaria indicazione dei requisiti tecnici e funzionali dell'oggetto della concessione, parametro di riferimento fondamentale per le successive fasi.

Il **co. 5** prevede che la *lex specialis* e i relativi allegati, ivi compresi lo schema di contratto e il piano economico finanziario, debbono essere definiti in modo da **assicurare adeguati livelli di bancabilità**, intendendosi per tali la reperibilità sul mercato finanziario di risorse proporzionate ai fabbisogni, la sostenibilità di tali fonti e la congrua redditività del capitale investito.

Il **co. 6** specifica la previsione della previa pubblicazione di un avviso di gara in relazione ad alcune specifiche tipologie di servizi, in coerenza con la previsione della direttiva, sotto la forma di un c.d. *“avviso di preinformazione”*.

Il **co. 7** introduce le **eccezioni all’obbligo di previa pubblicazione del bando** di cui al co. 1: in proposito, si prevede sia l’**elencazione dei rigorosi presupposti** (di stretta interpretazione) sia una **regola di chiusura (co. 8)**, a mente della quale le eccezioni di cui alle lettere b), c) e d) si applicano unicamente qualora non esistano alternative o sostituti ragionevoli e l’assenza di concorrenza non sia il risultato di una limitazione artificiosa dei parametri per l’aggiudicazione della concessione.

Il **co. 9** statuisce che **non è richiesta la pubblicazione di un nuovo bando di concessione** qualora non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata o non sia stata depositata alcuna candidatura o alcuna candidatura appropriata in risposta a una precedente procedura di concessione, purché le condizioni iniziali del contratto di concessione non siano sostanzialmente modificate. Nel caso in cui si presenti tale evenienza, si rende necessario l’**invio di una relazione all’Autorità di regolazione del settore**.

Il **co. 10** chiarisce che **un’offerta è in radice non ammissibile** laddove non presenti alcuna pertinenza con la concessione e sia, quindi, manifestamente inadeguata, a meno di modifiche sostanziali, a rispondere alle esigenze e ai requisiti dell’ente concedente specificati nei documenti di gara.

I **co. 11 e 12** contengono **le regole sulla pubblicazione degli atti di gara** a livello sovranazionale (per le concessioni di importo superiore alle soglie di rilevanza europea) o nazionale.

Art. 183 – Procedimento

1. Le concessioni sono aggiudicate sulla base dei criteri di aggiudicazione stabiliti dall’ente concedente purché siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- a) l’offerta risponde ai requisiti minimi eventualmente prescritti dall’ente concedente;*
- b) l’offerente ottempera alle condizioni di partecipazione relative alle capacità tecniche e professionali e alla capacità finanziaria ed economica richieste nel bando;*
- c) l’offerente non è escluso dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi degli articoli 94, 95, con riferimento agli accordi internazionali elencati nell’allegato X alla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, 96, 97 e 98.*

2. I requisiti minimi di cui al comma 1, lettera a), contengono le condizioni e le caratteristiche, in particolare tecniche, fisiche, funzionali e giuridiche, che ogni offerta deve soddisfare o possedere.

3. *Gli enti concedenti forniscono, nel bando di concessione, una descrizione della concessione e delle condizioni di partecipazione e, nell'invito a presentare offerte o negli altri documenti di gara, una descrizione dei criteri di aggiudicazione e, se del caso, dei requisiti minimi da soddisfare.*
4. *L'ente concedente può limitare il numero di candidati o di offerenti a un livello adeguato, purché ciò avvenga in modo trasparente e sulla base di criteri oggettivi. Il numero di candidati o di offerenti invitati a partecipare deve essere sufficiente a garantire un'effettiva concorrenza.*
5. *L'ente concedente comunica a tutti i partecipanti la descrizione della prevista organizzazione della procedura e un termine indicativo per il suo completamento. Le eventuali modifiche sono comunicate a tutti i partecipanti e, nella misura in cui riguardino elementi indicati nel bando di concessione, sono rese pubbliche per tutti gli operatori economici.*
6. *L'ente concedente assicura il ricorso alla digitalizzazione della procedura secondo le norme di cui al Libro I, Parte II. L'utilizzo di supporti e modalità digitali garantisce la trasparenza della procedura e l'imputabilità degli atti.*
7. *L'ente concedente può condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti. L'oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi non sono modificati nel corso delle negoziazioni. Tali negoziazioni sono condotte di regola attraverso un dialogo competitivo ai sensi dell'[articolo 74](#).*
8. *L'ente concedente verifica le condizioni di partecipazione relative alle capacità tecniche e professionali e alla capacità finanziaria ed economica dei candidati o degli offerenti, sulla base di autocertificazioni o referenze che devono essere presentate come prova in base ai requisiti specificati nel bando di concessione; i requisiti sono non discriminatori e proporzionati all'oggetto della concessione. Le condizioni di partecipazione sono correlate e proporzionali alla necessità di garantire la capacità del concessionario di eseguire la concessione, tenendo conto dell'oggetto della concessione e dell'obiettivo di assicurare la concorrenza effettiva.*
9. *Per soddisfare le condizioni di partecipazione, ove opportuno e nel caso di una particolare concessione, l'operatore economico può affidarsi alle capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica dei suoi rapporti con loro. Se un operatore economico vuole fare affidamento sulle capacità di altri soggetti deve dimostrare all'ente concedente che disporrà delle risorse necessarie per l'intera durata della concessione, per esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di detti soggetti. Per quanto riguarda la capacità finanziaria, l'ente concedente può richiedere che l'operatore economico e i soggetti in questione siano responsabili in solido dell'esecuzione del contratto.*
10. *Alle stesse condizioni, un raggruppamento di operatori economici può far valere le capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti.*
11. *Si applicano le disposizioni in materia di soccorso istruttorio di cui all'[articolo 101](#).*

Vengono accorpati in un unico testo gli **artt. 171-172 D.Lgs. 50/2016**.

Nel riprendere la formulazione dettagliata della direttiva, la norma garantisce la conformità al diritto europeo: infatti, la giurisprudenza ha già chiarito che la procedura di scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal TUE e di quelli generali ispiratori del codice dei contratti pubblici, tra cui quelli di trasparenza, di adeguata pubblicità, di non discriminazione, di parità di trattamento, di mutuo riconoscimento, di proporzionalità e con predeterminazione dei criteri selettivi.

Il **co. 1** dispone che l'**aggiudicazione delle concessioni è subordinata al soddisfacimento di specifiche circostanze** riferite all'offerta e all'offerente.

In particolare, l'offerta deve essere **conforme ai requisiti minimi** prescritti dall'ente concedente che attengono alle condizioni e alle caratteristiche tecniche, fisiche, funzionali e giuridiche della medesima offerta (**co. 2**).

L'offerente deve **ottemperare alle condizioni di partecipazione** determinate nei documenti di gara con riferimento alle capacità tecniche e professionali ed alle capacità economiche e finanziarie.

Il **co. 3** prevede che gli enti concedenti forniscono, nel **bando**, una descrizione della concessione e delle condizioni di partecipazione e, nell'invito a presentare offerte o in altri documenti di gara, una descrizione dei criteri di aggiudicazione e, se del caso, dei requisiti da soddisfare.

Il **co. 4** chiarisce che l'ente concedente può **limitare il numero di candidati o di offerenti a un livello adeguato**, purché ciò avvenga in modo trasparente e sulla base di criteri oggettivi: il numero di candidati o di offerenti invitati a partecipare deve essere comunque sufficiente a garantire un'effettiva concorrenza.

L'ente concedente comunica a tutti i partecipanti la descrizione della prevista organizzazione della procedura e un termine indicativo per il suo completamento. Le eventuali modifiche sono comunicate a tutti i partecipanti e, nella misura in cui riguardino elementi indicati nel bando di concessione, rese pubbliche per tutti gli operatori economici (**co. 5**).

Il **co. 7** ribadisce poi che **gli enti concedenti possono condurre liberamente negoziazioni** con i candidati e gli offerenti: in tal caso, tuttavia, l'oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi non possono essere modificati nel corso delle negoziazioni. L'ultimo periodo del **co. 7**, inoltre, ispirato al libro verde del 2004 della Commissione europea, contiene l'indicazione secondo la quale le negoziazioni sono condotte di regola attraverso un dialogo competitivo ai sensi dell'art. 74 del codice.

Il **co. 8** dispone che gli enti concedenti **verificano le condizioni di partecipazione** relative alle capacità tecniche e professionali e alla capacità finanziaria ed economica dei candidati sulla base di certificazioni, autocertificazioni o attestati che devono essere presentati come prova.

Inoltre, il **co. 9** prevede che per soddisfare tali condizioni di partecipazione l'operatore economico può **avvalersi delle capacità di altri soggetti**, indipendentemente dalla natura giuridica dei suoi rapporti con gli stessi, dimostrando all'ente concedente che disporrà delle risorse necessarie per l'intera durata della concessione.

Circa la capacità finanziaria, si prevede la facoltà per l'ente concedente di richiedere che l'operatore economico e i soggetti in questione siano responsabili in solido dell'esecuzione del contratto.

Alle stesse condizioni, secondo il **co. 10**, un **raggruppamento di operatori economici** può far valere le capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti.

Il **co. 11** disciplina il c.d. *“soccorsso istruttorio”* mediante rinvio all'art. 101 del codice.

Art. 184 – Termini e comunicazioni

1. *Nel fissare i termini per la ricezione delle domande o delle offerte, gli enti concedenti tengono conto, in particolare, della complessità della concessione e del tempo necessario per preparare le offerte o le domande, fatti salvi i termini minimi stabiliti dal presente articolo.*
2. *Quando le domande o le offerte possono essere presentate soltanto a seguito di una visita dei luoghi o dopo consultazione in loco dei documenti allegati ai documenti di gara, i termini per la ricezione delle domande di partecipazione alla concessione o per la ricezione delle offerte sono stabiliti in modo che tutti gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza delle informazioni necessarie per presentare le domande o le offerte e sono comunque superiori ai termini minimi stabiliti ai paragrafi 3 e 4 dell'articolo 39 della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014.*
3. *Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione alla concessione, comprese eventualmente le offerte, è di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando secondo le indicazioni degli articoli 84 e 85.*
4. *Se la procedura si svolge in fasi successive, il termine minimo per la ricezione delle offerte iniziali è di ventidue giorni dalla data di trasmissione dell'invito a presentare offerte.*
5. *L'ente concedente comunica quanto prima, e in ogni caso entro quindici giorni, agli offerenti le decisioni prese riguardo all'aggiudicazione, in particolare il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto, i motivi del rigetto della domanda di partecipazione e dell'offerta, nonché i motivi per i quali ha deciso di non aggiudicare un contratto per il quale sia stato pubblicato un bando di concessione o di riavviare la procedura. Su richiesta della parte interessata, l'ente concedente comunica quanto prima, e in ogni caso entro quindici giorni dalla ricezione di una richiesta scritta, a ogni offerente che abbia presentato un'offerta ammissibile, le caratteristiche e i vantaggi relativi dell'offerta selezionata.*
6. *L'ente concedente può decidere di non divulgare talune informazioni di cui al comma 5 relative al contratto, qualora la loro diffusione ostacoli l'applicazione della legge, sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di operatori economici oppure possa recare pregiudizio alla concorrenza leale tra questi operatori.*

La disposizione attua gli **artt. 39-40 della direttiva 2014/23/UE**.

Il **co. 1** detta la **regola generale di indirizzo** in relazione ai termini per la presentazione delle domande e delle offerte, che tengono conto, in particolare, della complessità della concessione e del tempo necessario per preparare le offerte o le domande, fatti salvi i termini minimi stabiliti dallo stesso art. 184.

Il **co. 2** specifica tale regola nel caso in cui, nell'esercizio della propria discrezionalità, l'amministrazione valuti necessaria la **previa visita dei luoghi ovvero la consultazione in loco dei documenti allegati ai documenti di gara**; in tal caso i termini sono stabiliti in modo che tutti gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie per

presentare le domande o le offerte e sono comunque superiori ai termini minimi stabiliti dalla disciplina europea.

Il **co. 3** stabilisce la regola generale del **termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione** alla concessione, comprese eventualmente le offerte, pari a trenta giorni dalla data di trasmissione del bando.

Il **co. 4** specifica la regola per il caso in cui la procedura si svolga in **fasi successive**: il termine minimo per la ricezione delle offerte iniziali è qui di **22 giorni** dalla data di trasmissione dell'invito a presentare offerte.

Per quanto attiene alle **comunicazioni**, il **co. 5** prevede l'onere per l'ente concedente di comunicare **quanto prima** ai candidati e agli offerenti le decisioni prese riguardo all'aggiudicazione di una concessione, quali il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto, i motivi del rigetto della loro domanda di partecipazione e della loro offerta, nonché i motivi per i quali hanno deciso di non aggiudicare un contratto per il quale sia stato pubblicato un bando di concessione o di riavviare la procedura. Su richiesta della parte interessata, l'ente concedente comunica quanto prima, e in ogni caso **entro 15 giorni dalla ricezione di una richiesta scritta**, a ogni offerente che abbia presentato un'offerta ammissibile, le caratteristiche e i vantaggi relativi dell'offerta selezionata.

La medesima ottica, finalizzata a favorire un corretto rapporto procedimentale, trasparente e informato tra le parti interessate, è fatta propria dal **co. 6**, che prevede che l'amministrazione possa decidere di **non divulgare** talune informazioni di cui al co. 1 relative al contratto, qualora la loro diffusione ostacoli l'applicazione della legge, sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di operatori economici pubblici o privati oppure possa recare pregiudizio alla concorrenza leale tra questi operatori.

Art. 185 – Criteri di aggiudicazione

1. *Per l'aggiudicazione dei contratti di cui al presente Titolo, l'ente concedente pone a base di gara almeno un progetto di fattibilità. L'aggiudicatario provvede alla predisposizione del successivo livello progettuale. Le concessioni sono aggiudicate sulla base di criteri oggettivi, tali da assicurare una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'ente concedente.*

2. *I criteri di aggiudicazione sono connessi all'oggetto della concessione e non attribuiscono una incondizionata libertà di scelta all'ente concedente. Essi includono, tra l'altro, criteri ambientali, sociali o relativi all'innovazione. Tali criteri sono accompagnati da requisiti che consentono di verificare efficacemente le informazioni fornite dagli offerenti. L'ente concedente verifica la conformità delle offerte ai criteri di aggiudicazione.*

3. *L'ente concedente elenca i criteri in ordine decrescente di importanza.*

4. *In deroga al comma 3, l'ente concedente, se riceve un'offerta che propone una soluzione innovativa con un livello straordinario di prestazioni funzionali che non avrebbe potuto essere prevista da un ente concedente diligente, può, in via eccezionale, modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione per tenere conto di tale soluzione. In tal caso l'ente concedente informa tutti gli offerenti in merito alla modifica dell'ordine di importanza ed emette un nuovo invito a presentare offerte.*

5. *Prima di assegnare il punteggio all'offerta economica la commissione aggiudicatrice verifica l'adeguatezza e la sostenibilità del piano economico-finanziario.*

6. *I componenti delle commissioni di valutazione devono essere altamente qualificati e competenti. Il bando può prevedere l'oscuramento dei nomi degli operatori economici che hanno presentato l'offerta.*

Si recepisce l'**art. 41 della direttiva 2014/23/UE**.

Il **co. 1** prevede che le concessioni debbono essere aggiudicate ponendo a base di gara almeno un **progetto di fattibilità**, sulla scorta di criteri oggettivi, tali da assicurare una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva, così da individuare un vantaggio economico complessivo per l'ente concedente.

Il **co. 2** prevede che i criteri di aggiudicazione devono essere oggettivi nel senso di **connessi all'oggetto della concessione**, senza attribuire una incondizionata libertà di scelta all'ente concedente.

Si dà specifica rilevanza, in coerenza con i moderni parametri di riferimento tratti anche dalla direttiva, ai **criteri ambientali, sociali o relativi all'innovazione (considerando 63)**.

Tali criteri devono essere accompagnati da requisiti che consentono di verificare efficacemente le informazioni fornite dagli offerenti.

L'ente concedente deve poi verificare la **conformità** effettiva delle offerte ai criteri di aggiudicazione, dovendo elencare i criteri **in ordine decrescente di importanza (co. 3)**.

Al **co. 4** si individua un'**eccezione**, tesa a garantire – in coerenza con la natura e l'oggetto delle concessioni – adeguata importanza alle **offerte innovative**: in dettaglio, si prevede che, se l'amministrazione riceve un'offerta che propone una soluzione innovativa con un livello straordinario di prestazioni funzionali che non avrebbe potuto essere prevista da un'amministrazione diligente, il soggetto concedente stesso può, in via eccezionale, modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione per tenere conto di tale soluzione innovativa.

In tal caso, l'ente concedente informa tutti gli offerenti della modifica dell'ordine di importanza, così emettendo un nuovo invito a presentare offerte.

Come sottolineato dalla **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato**, "è quindi opportuno stabilire che i criteri di selezione debbano riguardare soltanto la capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli operatori ed essere collegati all'oggetto del contratto, debbano essere indicati nel bando di concessione e non possano impedire a un operatore economico, salvo in circostanze eccezionali, di far ricorso alle capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica dei suoi rapporti con essi, qualora l'operatore dimostri

all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore che disporrà delle risorse necessarie. Ciò va conseguentemente tenuto presente ai fini dell'individuazione dei criteri di aggiudicazione", concludendo che "a tal fine va garantita alle amministrazioni la facoltà di applicare criteri di aggiudicazione o condizioni di esecuzione della concessione riguardanti lavori o servizi oggetto del contratto di concessione sotto ogni aspetto e in qualsiasi fase dei loro cicli di vita, dall'estrazione delle materie prime per il prodotto alla fase di smaltimento dello stesso, compresi fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, prestazione o commercializzazione di questi lavori o servizi o in un processo specifico nel corso di una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale".

Prima di assegnare il punteggio all'offerta economica la commissione aggiudicatrice verifica l'adeguatezza e la sostenibilità del **piano economico-finanziario (co. 5)**. I componenti delle commissioni di valutazione devono essere altamente qualificati e competenti.

Il bando, inoltre, al fine di garantire la riservatezza delle operazioni e degli elementi soggettivi sottesi, può prevedere l'**oscuramento** dei nomi degli operatori economici che hanno presentato l'offerta (co. 6).

Art. 186 – Affidamenti dei concessionari

- 1. Agli appalti affidati dai concessionari che siano stazioni appaltanti si applicano le disposizioni del codice in materia di appalti.*
- 2. I titolari di concessioni di lavori e di servizi pubblici, ad esclusione di quelli disciplinati dal Libro III, già in essere alla data di entrata in vigore del codice, di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea, e non affidate conformemente al diritto dell'Unione europea vigente al momento dell'affidamento o della proroga, affidano mediante procedura ad evidenza pubblica una quota tra il 50 per cento e il 60 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture stabilita convenzionalmente dal concedente e dal concessionario; l'ente concedente tiene conto delle dimensioni economiche e dei caratteri dell'impresa, dell'epoca di assegnazione della concessione, della sua durata residua, del suo oggetto, del suo valore economico e dell'entità degli investimenti effettuati. L'affidamento avviene mediante procedura ad evidenza pubblica, con la previsione di clausole sociali per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità.*
- 3. In caso di comprovata indivisibilità delle prestazioni di servizi dedotte in concessione, in sostituzione dell'obbligo di esternalizzazione di cui al comma 2, il concessionario corrisponde all'ente concedente un importo compreso tra il minimo del 5 per cento ed il massimo del 10 per cento degli utili previsti dal piano economico-finanziario, tenendo conto dell'epoca di assegnazione della concessione, della sua durata, del suo oggetto, del suo valore economico e dell'entità degli investimenti.*
- 4. Le concessioni di cui ai commi 2 e 3 già in essere sono adeguate alle predette disposizioni entro il termine di sei mesi dall'entrata in vigore del codice.*
- 5. Le modalità di calcolo delle quote di cui comma 2, primo periodo, sono definite dall'ANAC entro il termine di sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del codice. Sull'applicazione del presente articolo vigila l'ANAC anche tenuto conto del valore delle prestazioni eseguite.*

6. Per i concessionari autostradali, le quote e i criteri di determinazione di cui al comma 2 sono calcolati sulla base degli importi risultanti dai piani economici finanziari annessi agli atti convenzionali. La verifica del rispetto delle predette soglie è effettuata dal concedente con cadenza quinquennale. A tal fine, i concessionari presentano al concedente il piano complessivo dei lavori, servizi e forniture. Ove siano accertate situazioni di squilibrio rispetto alle quote obbligatorie di affidamento indicate dal comma 2, primo periodo, in sede di aggiornamento del rapporto concessorio sono adottate misure di riequilibrio a valere sui relativi piani economici finanziari. Nell'ipotesi di mancato rispetto delle quote di cui al comma 2, l'ente concedente può altresì richiedere al concessionario la presentazione di garanzie fideiussorie. Tali garanzie fideiussorie sono svincolate in sede di aggiornamento del piano economico-finanziario ove sia accertato il rispetto delle quote di cui al comma 2.

7. Le concessioni autostradali relative ad autostrade che interessano una o più regioni possono essere affidate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti a società in house di altre amministrazioni pubbliche anche appositamente costituite. A tal fine il controllo analogo sulla predetta società in house può essere esercitato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti attraverso un comitato disciplinato da apposito accordo ai sensi dell'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, che eserciti sulla società in house i relativi poteri.

La disposizione è conseguenza della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'**art. 177, co. 1 D.Lgs. 50/2016** (e, in via consequenziale, dei co. 2 e 3): la Corte costituzionale con la **sentenza 218/2021** l'ha ritenuta "irragionevole" in quanto il legislatore (già nella legge delega) non aveva optato per il "mezzo più mite", fra quelli idonei a raggiungere lo scopo, scegliendo, fra i vari strumenti a disposizione, quello che determinava il sacrificio minore.

Sono stati così individuati i seguenti **indicatori chiave** di impatto di analisi economica offerti dalla sentenza della Consulta e tenuti in considerazione nella riscrittura della disposizione:

- 1) distinzione sul tipo di concessionario alla luce del ruolo economico;
- 2) distinzione sul tipo di soglia (sicuramente superiore a 150.000 euro);
- 3) distinzione sul tipo di percentuale (inferiore all'80%).

Come evidenziato dalla **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato**, infatti, "al co. 2 si procede a: a) sostituire la irrisoria soglia di 150.000 euro nell'importo pari o superiore alle soglie di rilevanza comunitaria; b) prevedere che sia proprio l'Amministrazione concedente, che meglio conosce la singola concessione, a "modulare" l'obbligo di esternalizzazione, stabilendo però, in via generale, una quota minima e massima (quota massima e minima che sono lasciate in bianco, venendo rimesse al decisore politico), nonché gli elementi che la stessa deve prendere in considerazione, quali: - epoca di assegnazione della concessione; - durata residua della concessione; - oggetto della concessione; - valore economico della concessione; - entità degli investimenti effettuati".

Il **co. 1**, pertanto, precisa che agli appalti affidati dai concessionari che siano stazioni appaltanti si applicano le disposizioni del codice in materia di appalti.

Ai sensi del **co. 2** i titolari di concessioni di lavori e di servizi pubblici, ad esclusione di quelli disciplinati dal Libro III, già in essere, di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea, e

non affidate conformemente al diritto dell'Unione europea vigente al momento dell'affidamento o della proroga, affidano mediante **procedura ad evidenza pubblica** una **quota tra il 50% e il 60% dei contratti di lavori, servizi e forniture stabilita convenzionalmente** dal concedente e dal concessionario; l'ente concedente tiene conto delle dimensioni economiche e dei caratteri dell'impresa, dell'epoca di assegnazione della concessione, della sua durata residua, del suo oggetto, del suo valore economico e dell'entità degli investimenti effettuati. Sempre al co. 2 si è mantenuto l'inserimento di **clausole sociali** per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità, esigenza già evidenziata dalla stessa Corte costituzionale.

Alla luce di tali considerazioni, al **co. 3** si precisa che, in caso di **comprovata indivisibilità** delle prestazioni di servizi dedotte in concessione, in sostituzione dell'obbligo di esternalizzazione, il concessionario corrisponda all'ente concedente un **importo compreso tra il minimo del 5% ed il massimo del 10% degli utili previsti dal Piano economico-finanziario**, tenendo conto dell'epoca di assegnazione della concessione, della sua durata, del suo oggetto, del suo valore economico e dell'entità degli investimenti.

Il **co. 4** prevede il **termine semestrale** entro il quale le concessioni di cui ai co. 2-3 devono essere adeguate alla nuova disciplina.

Le modalità di calcolo delle quote di cui co. 2 sono state definite dall'**ANAC con Delibera n. 265 del 20 giugno 2023**, recante *"Indicazioni sulle modalità di calcolo delle quote di esternalizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture da parte dei titolari di concessioni di lavori e di servizi pubblici non affidate conformemente al diritto dell'Unione europea"*.

I **co. 6 e 7** sono specificamente dedicati alle **concessioni autostradali**.

Art. 187 – Contratti di concessione di importo inferiore alla soglia europea

1. Per l'affidamento dei contratti di concessione il cui valore sia inferiore alla soglia di cui all'[articolo 14](#), comma 1, lettera a), l'ente concedente può procedere mediante procedura negoziata, senza pubblicazione di un bando di gara, previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. Resta ferma la facoltà per l'ente concedente di affidare gli stessi contratti di concessione di importo inferiore alla soglia europea mediante le procedure di gara disciplinate dal presente Titolo.

2. Ai contratti di importo inferiore alla soglia europea si applicano le norme sull'esecuzione di cui al Titolo III della presente Parte.

Il **co. 1** autorizza gli enti concedenti a procedere per l'affidamento dei contratti di concessione il cui valore sia inferiore alla soglia di cui all'[art. 14, co. 1, lett. a\)](#) del codice, mediante **procedura negoziata, senza pubblicazione di un bando di gara**, previa consultazione, ove esistenti, di **almeno 10**

operatori economici, nel rispetto di un criterio di **rotazione** degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. Resta ferma la **facoltà** per l'ente concedente di ricorrere alle procedure di gara disciplinate dal presente Titolo II.

Il **co. 2** precisa che ai contratti di importo inferiore alla soglia europea **si applicano le norme sull'esecuzione sulle concessioni sopra soglia** di cui al Titolo III della presente Parte.

TITOLO III

L'ESECUZIONE DELLE CONCESSIONI

Art. 188 – Subappalto

Il ricorso al subappalto da parte del concessionario è regolato dalle corrispondenti disposizioni in materia di appalto, di cui all'articolo 119.

Si stabilisce che il ricorso al subappalto da parte del concessionario è regolato dalle corrispondenti disposizioni in materia di appalto *ex art. 119 del codice*.

In attuazione dell'**art. 42 della direttiva 2014/23/UE**, si è scelta la strada più omogenea e rigorosa, oltre che di agevole applicazione da parte delle amministrazioni, di **estendere la disciplina dettata per il subappalto generale**, in tema di appalti pubblici.

Ne deriva l'immediata applicabilità della giurisprudenza europea sulla disciplina nazionale in materia di subappalto.

Art. 189 – Modifica di contratti durante il periodo di efficacia

1. Le concessioni possono essere modificate senza una nuova procedura di aggiudicazione della concessione nei casi seguenti:

a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi purché riferite agli indici sintetici di cui all'articolo 60, comma 3; tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche, nonché le condizioni alle quali possono essere impiegate; esse non apportano modifiche che altererebbero la natura generale della concessione;

b) per lavori o servizi supplementari da parte del concessionario originario che si sono resi necessari e non erano inclusi nella concessione iniziale, quando un cambiamento di concessionario:

- 1) risulti impraticabile per motivi economici o tecnici, quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperatività tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito della concessione iniziale;
- 2) comporti per l'ente concedente notevoli inconvenienti o una sostanziale duplicazione dei costi;
- c) negli ulteriori casi in cui siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:
 - 1) la necessità di modifica è determinata da circostanze che un ente concedente diligente non ha potuto prevedere;
 - 2) la modifica non altera la natura generale della concessione;
 - 3) nel caso di concessioni aggiudicate dall'ente concedente allo scopo di svolgere un'attività diversa da quelle di cui all'allegato II alla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, l'eventuale aumento di valore non deve eccedere il 50 per cento del valore della concessione iniziale. In caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. Tali modifiche successive non sono intese ad aggirare le disposizioni della presente Parte;
 - d) se un nuovo concessionario sostituisce quello a cui l'ente concedente aveva inizialmente aggiudicato la concessione a causa di una delle seguenti circostanze:
 - 1) la presenza di una clausola di revisione inequivocabile in conformità della lettera a);
 - 2) al concessionario iniziale succeda, in via universale o parziale, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione della direttiva 2014/23/UE;
 - 3) nel caso in cui l'ente concedente si assuma gli obblighi del concessionario principale nei confronti dei suoi subappaltatori, ove tale possibilità sia prevista dalla legislazione nazionale;
 - e) se le modifiche, a prescindere dal loro valore, non sono sostanziali.
2. Le concessioni possono parimenti essere modificate senza necessità di una nuova procedura di aggiudicazione se il valore della modifica è inferiore a entrambi i valori seguenti:
 - a) la soglia di cui all'articolo 8 della direttiva 2014/23/UE;
 - b) il 10 per cento del valore della concessione iniziale.
3. Le modifiche di cui al comma 2 non possono alterare la natura generale della concessione. In caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche.
4. La modifica di una concessione durante il periodo della sua validità è considerata sostanziale se la natura della concessione muta nella sua essenza rispetto a quella inizialmente conclusa. In ogni caso, una modifica è considerata sostanziale se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:
 - a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura iniziale di aggiudicazione della concessione, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione della concessione;
 - b) la modifica cambia l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale;
 - c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione della concessione;
 - d) se un nuovo concessionario sostituisce quello cui l'ente concedente aveva inizialmente aggiudicato la concessione in casi diversi da quelli previsti dal comma 1, lettera d).

5. Nelle situazioni di cui al comma 1, lettere b) e c), l'ente concedente pubblica un avviso al riguardo nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. Tale avviso contiene le informazioni di cui all'allegato XI alla direttiva 2014/23/UE ed è pubblicato conformemente all'articolo 33 della stessa direttiva.

6. Nelle ipotesi di cui al comma 1, lettere a) e b), per le concessioni aggiudicate dall'ente concedente allo scopo di svolgere un'attività diversa da quelle di cui all'allegato II alla direttiva 2014/23/UE, l'eventuale aumento di valore non deve eccedere il 50 per cento del valore della concessione iniziale. In caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. Tali modifiche successive non sono intese ad aggirare le disposizioni della presente Parte.

Si recepisce l'art. 43 della direttiva 2014/23/UE.

Il **co. 1** dettaglia **cinque ipotesi specifiche in cui è possibile modificare i contratti di concessione**, senza il ricorso ad una nuova procedura di aggiudicazione.

Il **co. 2** individua **altre ipotesi di possibile modifica**, senza necessità di una nuova procedura di aggiudicazione di una concessione, se il valore della modifica è al di sotto di entrambi i valori seguenti: la **soglia di rilevanza europea**; il **10% del valore della concessione iniziale**.

Il **co. 3** definisce un **presupposto generale**, valido per tutte le ipotesi: la modifica non può alterare la natura generale della concessione, mentre, in caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche.

Il **co. 4** precisa poi che si ha **modifica sostanziale** se muta la natura della concessione rispetto a quella inizialmente conclusa, definendo alcuni casi in cui, *ex lege*, la modifica è da reputarsi tale.

Il **co. 5** richiama anche gli allegati alla direttiva rilevanti, nonché l'onere di procedere alla pubblicazione di un avviso nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea nelle situazioni di cui al co.1, lett. b) e c).

Infine il **co. 6** aggiunge che nelle ipotesi di cui al comma 1, lettere a) e b), per le concessioni finalizzate allo svolgimento di un'attività diversa da quelle di cui all'allegato II alla direttiva 2014/23/UE, l'eventuale aumento di valore non deve eccedere il **50%** del valore della concessione iniziale. In caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al **valore di ciascuna modifica**. Tali modifiche successive non devono essere intese ad aggirare le disposizioni della presente Parte.

Art. 190 – Risoluzione e recesso

1. L'ente concedente può dichiarare risolta la concessione in corso di rapporto della stessa se una o più delle seguenti condizioni si verificano:

a) la concessione ha subito una modifica che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione della concessione;

- b) il concessionario si trovava, al momento dell'aggiudicazione della concessione, in una delle situazioni che comportano l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione della concessione;
- c) la Corte di giustizia dell'Unione europea constata, in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che uno Stato membro ha violato uno degli obblighi su lui incombenti in virtù dei trattati europei per il fatto che un ente concedente appartenente allo Stato membro in questione ha aggiudicato la concessione in oggetto senza adempiere gli obblighi previsti dai trattati europei e dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014.
2. La risoluzione della concessione per inadempimento dell'ente concedente o del concessionario è disciplinata dagli articoli 1453 e seguenti del codice civile. Il contratto prevede per il caso di inadempimento una clausola penale di predeterminazione del danno e i criteri per il calcolo dell'indennizzo.
3. Nei casi che comporterebbero la risoluzione di una concessione per cause imputabili al concessionario, l'ente concedente comunica per iscritto al concessionario e agli enti finanziatori l'intenzione di risolvere il rapporto. Gli enti finanziatori, ivi inclusi i titolari di obbligazioni e titoli analoghi emessi dal concessionario, entro centoventi giorni dal ricevimento della comunicazione, possono indicare un operatore economico che subentri nella concessione avente caratteristiche tecniche e finanziarie corrispondenti a quelle previste nel bando di gara o negli atti in forza dei quali la concessione è stata affidata, con riguardo allo stato di avanzamento dell'oggetto della concessione alla data del subentro. L'operatore economico subentrante assicura la ripresa dell'esecuzione della concessione e l'esatto adempimento originariamente richiesto al concessionario sostituito entro il termine indicato dall'ente concedente. Il subentro dell'operatore economico ha effetto da quando l'ente concedente presta il consenso.
4. Se l'ente concedente recede dal contratto di concessione per motivi di pubblico interesse spettano al concessionario:
- a) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, oppure, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario;
- b) i costi sostenuti o da sostenere in conseguenza del recesso, ivi inclusi gli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse;
- c) un indennizzo a titolo di mancato guadagno compreso tra il minimo del 2 per cento ed il massimo del 5 per cento degli utili previsti dal piano economico-finanziario, in base ad una valutazione che tenga conto delle circostanze, della tipologia di investimenti programmati e delle esigenze di protezione dei crediti dei soggetti finanziatori. In ogni caso i criteri per l'individuazione dell'indennizzo devono essere esplicitati in maniera inequivocabile nell'ambito del bando di gara ed indicati nel contratto, tenuto conto della tipologia e dell'oggetto del rapporto concessorio, con particolare riferimento alla percentuale, al piano economico-finanziario e agli anni da prendere in considerazione nel calcolo.
5. Le somme dovute ai sensi del comma 4 sono destinate prioritariamente al soddisfacimento dei crediti dei finanziatori del concessionario e dei titolari di titoli emessi.
6. Senza pregiudizio per il pagamento delle somme dovute, in tutti i casi di cessazione del rapporto concessorio diversi dalla risoluzione per inadempimento del concessionario questi ha il diritto di proseguire nella gestione ordinaria dell'opera, incassandone i ricavi da essa derivanti, sino all'effettivo pagamento delle suddette somme, fatti salvi gli eventuali investimenti improcrastinabili individuati dal concedente unitamente alle modalità di finanziamento e di ristoro dei correlati costi.
7. L'efficacia del recesso dalla concessione è sottoposta alla condizione del pagamento da parte dell'ente concedente delle somme previste dal comma 4.

Si recepisce l'art. 44 della direttiva 2014/23/UE relativo alle ipotesi di cessazione e risoluzione della concessione, sulla scorta anche del criterio di delega *sub* lettera ff).

In particolare, sono disciplinati i casi in cui è ammessa la risoluzione e il recesso del rapporto concessorio.

Sul piano sistematico, si sono chiaramente distinti i due profili disciplinari: **i primi tre commi disciplinano i casi di risoluzione; i restanti commi le ipotesi di recesso.**

Il termine "*recesso*" ha preso il posto del termine "*revoca*" per indicare l'atto con cui una parte (nella specie, l'ente concedente) può sciogliersi unilateralmente dal vincolo di un contratto di concessione: come evidenziato dalla **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato**, infatti, "*anche nella L. 241/1990, la revoca è termine che attiene all'atto amministrativo (art. 21-nonies) e non al contratto, per il quale si parla di "recesso" (art. 21-sexies)*".

Il **co. 1** individua alcune **ipotesi speciali (rispetto al codice civile) di risoluzione**, incentrate su gravi violazioni procedurali relative all'aggiudicazione.

Il **co. 2** stabilisce, in via generale, che la risoluzione della concessione per inadempimento dell'ente concedente o del concessionario è disciplinata dagli **artt. 1453 ss. del codice civile**.

È poi previsto che il contratto preveda, per il caso di inadempimento, una **clausola penale di predeterminazione del danno**, al fine di rendere *ex ante* evidenti quali siano i "costi" dell'inadempimento e di prevenire complessi contenziosi sul punto.

Il **co. 3** detta **regole procedurali**: nei casi che comporterebbero la risoluzione di una concessione per cause imputabili al concessionario, l'ente concedente comunica per iscritto al concessionario e agli enti finanziatori l'intenzione di risolvere il rapporto. Gli enti finanziatori, tra cui anche i titolari di obbligazioni e titoli analoghi emessi dal concessionario, entro 120 giorni dal ricevimento della comunicazione, possono indicare un **operatore economico, che subentri nella concessione**, avente caratteristiche tecniche e finanziarie corrispondenti a quelle previste nel bando di gara o negli atti in forza dei quali la concessione è stata affidata, con riguardo allo stato di avanzamento dell'oggetto della concessione alla data del subentro. L'operatore economico subentrante assicura la ripresa dell'esecuzione della concessione e l'esatto adempimento originariamente richiesto al concessionario sostituito entro il termine indicato dall'ente concedente: il subentro dell'operatore economico ha effetto da quando l'ente concedente presta il consenso (**c.d. "step in right"**).

Il **co. 4** detta poi le previsioni rilevanti per l'ipotesi in cui la concessione sia **risolta per motivi di pubblico interesse**: la **lett. c)** è stata modificata rispetto alla precedente formulazione (la quale prevedeva un indennizzo "*pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero, nel caso in cui l'opera abbia superato la fase di collaudo, del valore attuale dei ricavi risultanti dal piano economico-finanziario allegato alla concessione per gli anni residui di gestione*") per evitare una "sovra-compensazione" degli investimenti privati.

Il **co. 5** sottolinea che le somme spettanti al concessionario ai sensi del co. 4 sono destinate prioritariamente al soddisfacimento dei crediti dei finanziatori del concessionario stesso e dei titolari di titoli emessi.

Il **co. 6** disciplina la **prosecuzione della gestione**, al fine di garantire continuità all'attività di pubblico interesse sottesa: in particolare, si statuisce che in tutti i casi di cessazione del rapporto concessorio, diversi dalla risoluzione per inadempimento del concessionario, il concessionario ha il diritto di proseguire nella gestione ordinaria dell'opera, incassandone i ricavi da essa derivanti, sino all'effettivo pagamento delle suddette somme per il tramite del nuovo soggetto subentrante, fatti salvi gli eventuali investimenti improcrastinabili individuati dal concedente unitamente alle modalità di finanziamento dei correlati costi.

Infine, al **co. 7** si stabilisce che, in generale, l'**efficacia del recesso** della concessione è sottoposta alla condizione del pagamento da parte dell'ente concedente delle somme previste dal co. 4.

Art. 191 – Subentro

- 1. Alla scadenza del periodo di affidamento e in conseguenza del nuovo affidamento, le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali essenziali per la prosecuzione del servizio, in quanto non duplicabili a costi socialmente sostenibili, sono assegnati al nuovo gestore. Analogamente si procede in caso di cessazione anticipata.*
- 2. Sono altresì ceduti al nuovo gestore i beni strumentali realizzati in attuazione dei piani di investimento concordati con l'ente concedente.*
- 3. Fatte salve le discipline di settore, nel caso di durata dell'affidamento inferiore rispetto al tempo di recupero dell'ammortamento oppure di cessazione anticipata, per causa non attribuibile al concessionario, si prevede, a carico del gestore subentrante, un indennizzo pari al valore contabile non ancora ammortizzato, rivalutato attraverso pertinenti deflatori fissati dall'ISTAT e al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili agli investimenti stessi. I criteri di determinazione dell'indennizzo sono indicati nel bando o nella lettera di invito relativi alla gara indetta per il successivo affidamento a seguito della scadenza o della cessazione anticipata della gestione.*
- 4. Restano salvi eventuali diversi accordi tra le parti stipulati prima dell'entrata in vigore del codice.*
- 5. Il subentro per le concessioni di servizi di interesse economico generale prestati a livello locale resta disciplinato dall'articolo 23 del decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201.*

L'articolo **colma una lacuna**, dato che il previgente codice non contemplava una specifica disciplina dei profili patrimoniali connessi al subentro di un concessionario ad un altro.

Il **co. 1** stabilisce che, alla scadenza del periodo di affidamento e in conseguenza del nuovo affidamento, **le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali essenziali** per la prosecuzione del servizio, in quanto non duplicabili a costi socialmente sostenibili, sono assegnati al nuovo gestore.

Si procede ugualmente anche in caso di cessazione anticipata.

Ai sensi del **co. 2**, sono altresì ceduti al nuovo gestore i **beni strumentali** realizzati in attuazione dei piani di investimento concordati con l'ente concedente.

Il **co. 3** stabilisce che, salve le discipline di settore, nel caso di durata dell'affidamento inferiore rispetto al tempo di recupero dell'ammortamento oppure di cessazione anticipata per causa non addebitabile al concessionario, si prevede, a carico del gestore subentrante, un **indennizzo pari al valore contabile non ancora ammortizzato**, rivalutato attraverso pertinenti deflatori fissati dall'ISTAT e al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili agli investimenti stessi.

I criteri di determinazione dell'indennizzo sono indicati nel bando o nella lettera di invito relativi alla gara indetta per il successivo affidamento a seguito della scadenza o della cessazione anticipata della gestione.

Il **co. 4** introduce una **disciplina transitoria**: in deroga ai co. 2-3, restano salvi eventuali diversi accordi tra le parti stipulati prima dell'entrata in vigore del codice.

Il **co. 5** rinvia, per la disciplina del subentro per le concessioni di servizi di interesse economico generale prestati a livello locale, all'**art. 23 D.lgs. 201/2022**.

Art. 192 – Revisione del contratto di concessione

1. Al verificarsi di eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili, ivi compreso il mutamento della normativa o della regolazione di riferimento, purché non imputabili al concessionario, che incidano in modo significativo sull'equilibrio economico-finanziario dell'operazione, il concessionario può chiedere la revisione del contratto nella misura strettamente necessaria a ricondurlo ai livelli di equilibrio e di traslazione del rischio pattuiti al momento della conclusione del contratto. L'alterazione dell'equilibrio economico e finanziario dovuto a eventi diversi da quelli di cui al primo periodo e rientranti nei rischi allocati alla parte privata sono a carico della stessa.

2. In sede di revisione ai sensi del comma 1 non è consentito concordare modifiche che alterino la natura della concessione, o modifiche sostanziali che, se fossero state contenute nella procedura iniziale di aggiudicazione della concessione, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione della concessione.

3. Nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato per le quali non sia già prevista l'espressione del CIPESS la revisione è subordinata alla previa valutazione del Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica (DIPE) della Presidenza del Consiglio dei ministri, sentito il Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS), che emette un parere di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato.

4. In caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico-finanziario le parti possono recedere dal contratto. In tal caso, al concessionario sono rimborsati gli importi di cui all'articolo 190, comma 4, lettere a) e b), a esclusione degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse.

Al **co. 1** si prevede che, in presenza di eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili, ivi compreso il mutamento della normativa o della regolazione di riferimento (cd. "**rischio regolatorio**"), che incida in modo significativo sull'equilibrio economico-finanziario dell'operazione, il concessionario può chiedere la **revisione del contratto** nella misura strettamente necessaria a ricondurlo ai livelli di equilibrio e di traslazione del rischio pattuiti al momento della conclusione del contratto.

L'alterazione dell'equilibrio economico e finanziario dovuto a eventi diversi da quelli di cui al primo periodo e rientranti nei rischi allocati alla parte privata sono a carico della stessa.

Il **co. 2** detta, invece, i **limiti della revisione**: non sono consentite modifiche che alterino la natura della concessione, o modifiche sostanziali che, se contenute nella procedura iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti.

Il **co. 3** prevede che, nei casi di **opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato** per le quali non sia già prevista l'espressione del CIPESS, la revisione è subordinata alla previa valutazione del Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica (DIPE) della Presidenza del Consiglio dei Ministri, sentito il Nucleo di consulenza per l'Attuazione delle linee guida per la Regolazione dei Servizi di pubblica utilità (NARS), che emette un parere di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato.

Il **co. 4** stabilisce che, in caso di **mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario**, le parti possono **recedere** dal contratto: al concessionario dovranno essere rimborsati gli importi di cui all'art. 190, co. 4, lett. a) e b) del codice, esclusi gli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse.

TITOLO IV

LA FINANZA DI PROGETTO

Art. 193 – Procedura di affidamento

1. *Gli operatori economici possono presentare agli enti concedenti proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori o servizi. Ciascuna proposta contiene un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno. Gli investitori istituzionali di cui all'articolo 32, comma 3, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, nonché i soggetti di cui all'articolo 2, numero 3), del regolamento (UE) 2015/1017 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 giugno 2015, possono formulare le proposte di cui al primo periodo salva la necessità, nella successiva gara per l'affidamento dei lavori o dei servizi, di associarsi o consorzarsi con operatori economici in possesso dei requisiti richiesti dal bando, qualora gli stessi investitori istituzionali ne siano privi. Gli investitori istituzionali, in sede di gara, possono soddisfare la richiesta dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale avvalendosi, anche integralmente, delle capacità di altri soggetti. Gli investitori istituzionali possono altresì impegnarsi a subappaltare, anche integralmente, le prestazioni oggetto del contratto di concessione a imprese in possesso dei requisiti richiesti dal bando, a condizione che il nominativo del subappaltatore sia comunicato, con il suo consenso, all'ente concedente entro la scadenza del termine per la presentazione dell'offerta.*
2. *L'ente concedente valuta entro novanta giorni dalla presentazione della proposta, la fattibilità della medesima, invitando se necessario il promotore ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione. Se il promotore non apporta le modifiche richieste, come eventualmente rimodulate sulla base di soluzioni alternative suggerite dallo stesso promotore per recepire le indicazioni dell'ente concedente, la proposta è respinta. L'ente concedente conclude la procedura di valutazione con provvedimento espresso, pubblicato sul proprio sito istituzionale e oggetto di comunicazione ai soggetti interessati. Il progetto di fattibilità, una volta approvato, è inserito tra gli strumenti di programmazione dell'ente concedente.*
3. *Il progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara nei tempi previsti dalla programmazione. Il criterio di aggiudicazione è l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto tra qualità e prezzo.*
4. *La configurazione giuridica del soggetto proponente può essere modificata e integrata sino alla data di scadenza della presentazione delle offerte. Nel bando l'ente concedente dispone che il promotore può esercitare il diritto di prelazione.*
5. *I concorrenti, compreso il promotore, in possesso dei requisiti previsti dal bando, presentano un'offerta contenente il piano economico-finanziario asseverato, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione e le varianti migliorative al progetto di fattibilità posto a base di gara, secondo gli indicatori previsti nel bando.*
6. *Le offerte sono corredate delle garanzie di cui all'articolo 106. Il soggetto aggiudicatario presta la garanzia di cui all'articolo 117. Dalla data di inizio dell'esercizio del servizio da parte del concessionario è dovuta una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali*

relativi alla gestione dell'opera, da prestarsi nella misura del 10 per cento del costo annuo operativo di esercizio e con le modalità di cui all'articolo 117. La mancata presentazione di tale cauzione costituisce grave inadempimento contrattuale.

7. L'ente concedente:

- a) prende in esame le offerte che sono pervenute nei termini indicati nel bando;
- b) redige una graduatoria e nomina aggiudicatario il soggetto che ha presentato la migliore offerta;
- c) pone in approvazione i successivi livelli progettuali elaborati dall'aggiudicatario.

8. Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Se il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta, comprensive anche dei diritti sulle opere dell'ingegno. L'importo complessivo delle spese rimborsabili non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara. Se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese documentate ed effettivamente sostenute per la predisposizione dell'offerta nei limiti di cui al terzo periodo.

9. In relazione alla specifica tipologia di lavoro o servizio, l'ente concedente tiene conto, tra i criteri di aggiudicazione, della quota di investimenti destinata al progetto in termini di ricerca, sviluppo e innovazione tecnologica.

10. Le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nell'ambito degli scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico dagli stessi perseguiti, possono aggregarsi alla presentazione di proposte di realizzazione di lavori pubblici di cui al comma 1, ferma restando la loro autonomia decisionale.

11. L'ente concedente può sollecitare i privati a farsi promotori di iniziative volte a realizzare i progetti inclusi negli strumenti di programmazione del partenariato pubblico-privato, di cui all'articolo 175, comma 1, con le modalità disciplinate nel presente Titolo.

In merito allo strumento della finanza di progetto, la relativa disciplina è stata **più correttamente collocata in seno alla Parte II del Libro IV**, dedicata ai contratti di concessione (trattandosi di una particolare modalità di finanziamento delle concessioni).

In particolare, come evidenziato dalla **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato**, sono state introdotte modifiche rilevanti:

- “1) sono stati eliminati tutti i riferimenti alla nautica di diporto;
- 2) è stata eliminata la finanza di progetto ad iniziativa pubblica, poiché ritenuta di fatto una duplicazione rispetto alla scelta della pubblica amministrazione di indire una gara pubblica per l'affidamento di una concessione. Sono stati pertanto soppressi i primi 14 dell'art. 183 D.Lgs. 50/2016;
- 3) nella finanza di progetto ad iniziativa privata è stata eliminata la precisazione secondo la quale gli operatori economici potevano presentare proposte anche se presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, poiché una volta inserita la previsione

sul programma triennale delle esigenze pubbliche idonee ad essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato si è ritenuto che la disposizione non avesse più alcuna utilità.

Resta comunque salva la possibilità per gli operatori economici di presentare proposte sia con riferimento ad iniziative non presenti negli strumenti di programmazione, sia con riferimento ad iniziative ivi presenti, proponendo modalità diverse di realizzazione”.

Il **co. 1**, in linea con l'**art. 183, co. 15 D.Lgs. 50/2016**, stabilisce che gli operatori economici possono presentare agli enti concedenti proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori o servizi, dovendo ogni proposta contenere un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. Il **co. 2** ricalca le disposizioni che, già all'**art. 183, co. 15 D.Lgs. 50/2016**, prevedevano che l'amministrazione dovesse valutare la fattibilità della proposta, invitando il proponente ad apportare al progetto le modifiche necessarie per la sua approvazione, con la precisazione che, se il proponente non avesse apportato le modifiche richieste, la proposta sarebbe stata respinta.

Nello schema normativo sottoposto al Governo, il termine di tre mesi entro il quale era previsto che l'amministrazione dovesse procedere alla valutazione di fattibilità della proposta era stato sostituito con l'avverbio *“tempestivamente”*: nella versione definitivamente approvata si torna al termine di **novanta giorni** dalla presentazione della proposta quale termine ultimo per dichiararne la **fattibilità**. Tale termine, che la giurisprudenza formatasi in costanza del D.Lgs. 50/2016 aveva ritenuto *“di conclusione del procedimento”*, risulta oggi rafforzato dalla previsione dell'obbligo per l'ente concedente di concludere la procedura di valutazione con **provvedimento espresso**, pubblicato sul proprio sito istituzionale e oggetto di comunicazione ai soggetti interessati.

Il progetto di fattibilità, una volta approvato, è **inserito tra gli strumenti di programmazione** dell'ente concedente.

Il **co. 3** statuisce che il progetto di fattibilità approvato sia posto a base di gara, con la precisazione che ciò debba avvenire nei tempi previsti dalla programmazione e che il **criterio di aggiudicazione** sia l'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto tra qualità e prezzo.

Al **co. 4** si prevede, in continuità con la previgente disciplina, che nel bando l'ente concedente dispone che il promotore può esercitare il **diritto di prelazione**, eliminando la proposta, contenuta nello schema originariamente sottoposto, dell'alternativo riconoscimento al promotore di un punteggio premiale.

Il **co. 5** precisa che i concorrenti, compreso il promotore, in possesso dei requisiti previsti dal bando debbono presentare un'offerta contenente il **piano economico-finanziario asseverato**, la **specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione**, le **varianti migliorative** al progetto di fattibilità posto a base di gara, secondo gli indicatori previsti nel bando.

Il **co. 6** contiene invece la disciplina delle **garanzie**, assai più semplice di quella precedente: le offerte debbono essere corredate dalle garanzie *ex art. 106 del codice* ed il soggetto aggiudicatario deve prestare la garanzia *ex art. 117 del codice*, anche a copertura delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera, costituendo la mancata prestazione di tali garanzie un **grave inadempimento contrattuale**. La misura è fissata nel **10%** del costo annuo operativo di esercizio.

Il **co. 7**, similmente all'art. 183, co. 10 D.Lgs. 50/2016, descrive l'attività che deve porre in essere l'ente concedente una volta ricevute le offerte.

Il **co. 8** descrive, in modo non dissimile dall'art. 183, co. 15 D.Lgs. 50/2016, il funzionamento del **diritto di prelazione** *"che, in realtà - come osservato dalla Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato - consiste in un diritto di opzione"*.

Il **co. 9** prevede che, in relazione alla specifica tipologia di lavoro o servizio, l'amministrazione concedente debba tenere conto, tra i criteri di aggiudicazione, della **quota di investimenti** destinata al progetto in termini di ricerca, sviluppo e innovazione tecnologica.

Il **co. 10** mantiene la previsione secondo la quale le **camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura**, perseguendo scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico, possono aggregarsi alla presentazione di proposte di realizzazione di lavori pubblici di cui al co. 1, ferma restando la loro autonomia decisionale.

Infine, il **co. 11**, recependo una prassi ormai invalsa, dispone che l'ente concedente può **sollecitare i privati** a farsi promotori di iniziative volte a realizzare, con le modalità disciplinate nel presente Titolo, i progetti inclusi negli strumenti di programmazione del partenariato pubblico-privato.

Art. 194 – Società di scopo

1. Per gli affidamenti superiori alla soglia di cui all'articolo 14, comma 1, lettera a), il bando di gara per l'affidamento di una concessione nella forma della finanza di progetto prevede che l'aggiudicatario costituisca una società di scopo in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile. Il bando di gara indica l'ammontare minimo del capitale sociale della società. In caso di concorrente costituito da più soggetti, nell'offerta è indicata, a pena di esclusione, la quota di partecipazione al capitale sociale di ciascun soggetto.

2. I lavori da eseguire e i servizi da prestare da parte delle società di scopo si intendono realizzati e prestati in proprio anche nel caso in cui siano affidati direttamente dalle suddette società ai propri soci, originari o subentrati, sempre che essi siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari.

3. La società di scopo, senza che ciò costituisca cessione di contratto, subentra nel rapporto di concessione senza necessità di approvazione o autorizzazione amministrativa. Essa sostituisce l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'ente concedente. Nel caso di versamento di un prezzo in corso d'opera da parte dell'ente concedente, i soci

della società restano solidalmente responsabili con la società di scopo nei confronti dell'amministrazione per l'eventuale rimborso del contributo percepito. In alternativa, la società di scopo può fornire alla pubblica amministrazione garanzie bancarie e assicurative per la restituzione delle somme versate a titolo di prezzo in corso d'opera, liberando in tal modo i soci. Le garanzie cessano alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera. Il contratto di concessione stabilisce le modalità per l'eventuale cessione delle quote della società di scopo, fermo restando che i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione sono tenuti a partecipare alla società e a garantire, nei limiti di cui sopra, il buon adempimento degli obblighi del concessionario sino alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera. L'ingresso nel capitale sociale della società di scopo e lo smobilizzo delle partecipazioni da parte di banche e altri investitori istituzionali, di cui all'articolo 193, comma 1, quarto periodo, che non abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione, possono tuttavia avvenire in qualsiasi momento.

4. Il contratto di concessione disciplina altresì le modalità di sostituzione dei soci della società di scopo che, nel corso dell'esecuzione del contratto, perdano i requisiti di qualificazione.

5. Il bando-tipo per l'affidamento di un contratto ai sensi del comma 1 reca anche lo schema della convenzione da allegare agli atti di gara.

Al **co. 1** si è modificata la denominazione di "società di progetto" in quella di "società di scopo" maggiormente esemplificativa, nonché in linea con la denominazione utilizzata in ambito finanziario di "*special purpose vehicle*". Il bando ne deve prevedere la costituzione per gli affidamenti sopra-soglia.

Il **co. 2** specifica – rispetto all'art. 184, co. 2 D.Lgs. 50/2016 – che i lavori da eseguire e i servizi da prestare da parte delle società di scopo si intendono realizzati e prestati in proprio anche nel caso in cui siano affidati direttamente dalle suddette società ai propri soci, originari o **subentrati** (purché ovviamente in possesso dei requisiti di qualificazione, generali e speciali).

Il **co. 3** conferma la normativa previgente secondo cui i **soci "qualificanti"** (ovvero quelli che hanno reso possibile la qualificazione in sede di gara), non possono cedere le loro quote prima del collaudo definitivo dell'opera.

Sempre allo scopo di incentivare il finanziamento dei contratti di partenariato, viene confermata, altresì, la disposizione secondo cui l'ingresso nel capitale sociale della società di scopo e lo smobilizzo delle partecipazioni da parte di **banche e altri investitori istituzionali**, che non abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione, possono avvenire in qualsiasi momento.

Il **co. 4** disciplina la **sostituzione del socio** che abbia perso i requisiti di qualificazione.

Art. 195 – Obbligazioni delle società di scopo

1. Le società di scopo possono emettere obbligazioni e titoli di debito, anche in deroga ai limiti di cui agli articoli 2412 e 2483 del codice civile, purché destinati alla sottoscrizione da parte degli investitori istituzionali e dei

clienti professionali indicati nell'articolo 6, commi 2-quinquies e 2-sexies, del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e nei regolamenti attuativi o delle loro controllanti e controllate ai sensi dell'articolo 1, commi 6-bis.1 e 6-bis.2 dello stesso testo unico di cui al decreto legislativo n. 58 del 1998. Le obbligazioni e i titoli di debito di cui al primo periodo possono essere dematerializzati e non possono essere trasferiti a soggetti che non siano investitori istituzionali o clienti professionali. In relazione ai titoli emessi ai sensi del presente articolo non si applicano gli articoli 2413, 2414-bis, commi primo e secondo, e da 2415 a 2420 del codice civile.

2. L'emissione di obbligazioni è ammessa esclusivamente per finanziare ovvero rifinanziare il debito precedentemente contratto per la realizzazione dell'infrastruttura o delle opere connesse al servizio di pubblica utilità.

3. La documentazione di offerta contiene in modo chiaro ed evidente l'avvertimento circa il grado di rischio associato all'operazione.

4. Il collocamento delle obbligazioni e altri titoli di debito emessi dalla società di scopo avviene nel termine massimo di diciotto mesi, ovvero in quello inferiore fissato dal contratto di concessione, decorso il quale il contratto è risolto di diritto salvo che, nel frattempo, siano state reperite altre forme di finanziamento.

5. Le obbligazioni e i titoli di debito, sino all'avvio della gestione dell'infrastruttura da parte del concessionario, ovvero fino alla scadenza delle obbligazioni e dei titoli medesimi, possono essere garantiti secondo modalità disciplinate con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, da adottare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del codice. Fino all'entrata in vigore di tale decreto, si applica il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 7 agosto 2012, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 210 dell'8 settembre 2012.

6. Le disposizioni di cui ai commi 1, 2, 3 e 5 si applicano anche alle società operanti nella gestione dei servizi di cui all'articolo 3-bis del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, alle società titolari delle autorizzazioni alla costruzione di infrastrutture di trasporto di gas e delle concessioni di stoccaggio di cui agli articoli 9 e 11 del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, alle società titolari delle autorizzazioni alla costruzione di infrastrutture facenti parte del Piano di sviluppo della rete di trasmissione nazionale dell'energia elettrica, alle società titolari delle autorizzazioni per la realizzazione di reti di comunicazione elettronica di cui al codice delle comunicazioni elettroniche, di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 e alle società titolari delle licenze individuali per l'installazione e la fornitura di reti di telecomunicazioni pubbliche di cui al predetto codice delle comunicazioni elettroniche, nonché a quelle titolari delle autorizzazioni di cui all'articolo 46 del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222. Per le finalità relative all'applicazione del presente comma il decreto di cui al comma 5 è adottato di concerto con il Ministro delle imprese e del made in Italy.

7. Le garanzie reali, personali e di qualunque altra natura, incluse le cessioni di credito a scopo di garanzia che assistono le obbligazioni e i titoli di debito, possono essere costituite in favore dei sottoscrittori o anche di un loro rappresentante che sarà legittimato a esercitare in nome e per conto dei sottoscrittori tutti i diritti, sostanziali e processuali, relativi alle garanzie medesime.

Il co. 1 riformula la nozione di **“investitori qualificati”** ai quali è riservata la sottoscrizione delle obbligazioni e dei titoli di debito emessi dalle società di scopo.

Il **co. 2** precisa che l'**emissione delle obbligazioni** da parte della società scopo è limitata alle finalità della realizzazione dell'infrastruttura o del servizio per cui la società è stata costituita ovvero al rifinanziamento del debito precedentemente contratto per la realizzazione dell'infrastruttura o delle opere connesse al servizio di pubblica utilità.

Il **co. 3** conferma la previsione secondo cui la documentazione di offerta deve riportare chiaramente ed evidenziare distintamente un **avvertimento** circa il grado di rischio associato all'operazione.

Il **co. 4** fissa il **termine massimo di collocamento delle obbligazioni in 18 mesi**, ovvero in quello inferiore fissato dal contratto di concessione, decorso inutilmente il quale, il contratto è risolto di diritto, salvo che, prima dello scadere del termine, sia intervenuta un'altra forma di finanziamento.

Il **co. 5** precisa che le obbligazioni e i titoli di debito, sino all'avvio della gestione dell'infrastruttura da parte del concessionario ovvero fino alla scadenza delle obbligazioni e dei titoli medesimi, possono essere **garantiti** secondo le modalità definite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti: fino a quel momento si applica il **decreto del 7 agosto 2012**.

È stato soppresso l'art. 185, co. 6 D.Lgs. 50/2016 sulla salvezza delle disposizioni regolanti l'emissione di obbligazioni da parte del contraente generale: ciò è dovuto all'elaborazione di una disciplina sui "servizi globali".

Il **co. 6** conferma la disposizione *ex art.* 185, co. 4 D.Lgs. 50/2016, che estende la possibilità di emettere obbligazioni alle **società affidatarie di servizi pubblici locali** ovvero ai **titolari di autorizzazioni** relative alla realizzazione di infrastrutture nei settori del trasporto di gas, energia elettrica, reti di comunicazione elettronica e di telecomunicazioni pubbliche etc.

Il **co. 7** specifica le **modalità di prestazione delle garanzie**.

PARTE III

DELLA LOCAZIONE FINANZIARIA

Art. 196 – Definizione e disciplina

1. *Per finanziare la realizzazione, l'acquisizione e il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità gli enti concedenti possono stipulare contratti di locazione finanziaria (leasing).*

2. *La società di locazione finanziaria acquista da un operatore economico un bene esistente o da realizzare e lo cede in godimento, per un determinato periodo di tempo, alla pubblica amministrazione a fronte del pagamento di un canone periodico fisso e comprensivo di eventuali servizi accessori.*

3. Se lo schema di contratto prevede il trasferimento del rischio operativo, ai sensi dell'articolo 177, si applicano, per quanto non previsto dal presente articolo, le norme sulle concessioni e sugli altri contratti di partenariato pubblico-privato. In caso contrario si applicano le disposizioni in materia di appalto pubblico di lavori.
4. Per l'aggiudicazione del contratto di cui al comma 1 l'ente concedente pone a base di gara almeno un progetto di fattibilità, comprensivo del piano finanziario. L'aggiudicatario predispone i successivi livelli progettuali ed esegue l'opera.
5. Se l'offerente è un raggruppamento temporaneo di imprese costituito dal soggetto finanziatore e da uno o più soggetti realizzatori, ciascuno è responsabile in relazione alla specifica obbligazione assunta nel contratto. Il soggetto finanziatore può presentare l'offerta anche singolarmente, ricorrendo in tal caso all'avalimento del soggetto realizzatore.
6. Uno o più soggetti costituenti l'associazione temporanea di imprese, in caso di apertura della liquidazione giudiziale, inadempimento o sopravvenienza di qualsiasi causa impeditiva all'adempimento dell'obbligazione, possono essere sostituiti in fase di gara o di esecuzione con altri soggetti aventi medesimi requisiti e caratteristiche. L'ente concedente può negare l'assenso solo nelle ipotesi in cui il soggetto indicato a subentrare non sia in possesso dei necessari requisiti soggettivi e oggettivi.
7. L'adempimento delle obbligazioni dell'ente concedente resta in ogni caso condizionato all'esito positivo del collaudo, ovvero della verifica di conformità in ordine alla gestione funzionale dell'opera secondo le modalità stabilite. Il soggetto aggiudicatario assicura la corretta manutenzione del bene sino al momento del riscatto.
8. L'opera oggetto di locazione finanziaria segue il regime di opera pubblica ai fini urbanistici, edilizi ed espropriativi a condizione che, nel contratto medesimo, sia stabilito che al termine del periodo di locazione il committente è obbligato al riscatto. L'ente concedente può concedere il diritto di superficie sull'area pubblica dove realizzare l'opera.
9. L'opera può essere realizzata anche su un'area nella disponibilità dell'aggiudicatario. Si applica, anche in tal caso, il primo periodo del comma 8.
10. Il contratto prevede la facoltà di riscatto anticipato.

Il **co. 1** precisa, in continuità con il previgente art. 187 D.Lgs. 50/2016, che la stipulazione di un contratto di leasing persegue lo scopo di reperire il finanziamento non solo per la realizzazione (***c.d. leasing in costruendo***), ma anche per l'acquisizione ovvero il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità già esistenti: la stessa **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** ha infatti precisato che *"il contratto in esame ha infatti la sua ragione economico-sociale nell'obiettivo di realizzare lavori pubblici avvalendosi della possibile sinergia tra un soggetto costruttore e un soggetto finanziatore"*.

Il **co. 2** definisce la nozione di **"contratto di locazione finanziaria"** in conformità alle finalità descritte nel co. 1.

Il **co. 3** dispone che, per applicare le norme sul partenariato pubblico-privato, il contratto di leasing deve prevedere il **trasferimento del rischio operativo**, così come disciplinato dall'art. 177 del codice. Secondo la **determinazione ANAC n.4 del 22 maggio 2013**, la corretta allocazione dei rischi è un elemento cruciale del leasing immobiliare *in costruendo*, sia sotto il profilo della qualificazione dell'operazione come partenariato pubblico-privato sia per assicurare l'esecuzione e la fruizione

dell'opera nei tempi e secondo le modalità pattuite: il contratto dovrà disciplinare espressamente detto profilo, **trovando altrimenti applicazione le disposizioni sugli appalti**.

Il **co. 4** prevede che per l'aggiudicazione del contratto di locazione finanziaria debba essere posto a **base di gara almeno un progetto di fattibilità, comprendente anche il piano finanziario**.

Il **co. 5** disciplina due distinte fattispecie.

La prima è quella del **r.t.i. tra un finanziatore e uno o più soggetti realizzatori**: in questo caso, in deroga alla regola della solidarietà (attesa la diversa natura dei soggetti raggruppati), si stabilisce che ciascuno è responsabile in relazione alla specifica obbligazione assunta nel contratto.

La seconda ipotesi è quella dell'**offerta presentata dal solo soggetto finanziatore**, il quale, in questo caso, potrà ricorrere all'**avvalimento (sia pure atipico)** del soggetto realizzatore.

Sarà poi il bando ad indicare i requisiti di qualificazione dei concorrenti.

Al **co. 6**, per incentivare il contratto di locazione finanziaria, è stata inserita una più precisa formulazione della disciplina delle **sostituzioni** in caso di inadempimento o liquidazione giudiziale, stabilendo che il dissenso dell'ente concedente può essere motivato solo con riferimento alla non idoneità o mancanza di qualificazione del soggetto indicato in sostituzione, e quindi solo per ragioni obiettive, concretamente verificabili.

Il **co. 7** riformula e semplifica quanto già disposto dall'art. 187, co. 4 D.Lgs. 50/2016, che condizionava l'adempimento degli impegni dell'ente concedente al positivo controllo della realizzazione e della eventuale gestione funzionale dell'opera secondo le modalità previste.

Il **co. 8** tiene conto del fatto che contrasterebbe con i principi dell'ordinamento consentire che un'**opera pubblica** a tutti gli effetti ("*urbanistici, edilizi ed espropriativi*") rimanga in capo ad un soggetto privato che, alla scadenza del contratto ed in assenza di riscatto, possa poi liberamente disporne, specie se i canoni già pagati coprono quasi integralmente il valore delle opere.

In questi casi, il canone di leasing andrà modulato in maniera adeguata alla natura e alla funzione del bene, oltreché alla **necessità del suo riscatto** al termine del periodo di locazione.

In alternativa, è possibile che la stazione appaltante individui *ex ante* un'area di sua proprietà ovvero un'area da sottoporre ad esproprio, sulla quale far costruire l'opera, prevedendo la successiva costituzione del **diritto di superficie** in favore dell'aggiudicatario.

Il **co. 9** precisa che l'opera può essere realizzata anche **su area nella disponibilità dell'aggiudicatario**: in tale ipotesi - come chiarito dalla **determinazione ANAC n. 4 del 22 maggio 2013** - la disponibilità delle aree dovrebbe formare oggetto di apposita valutazione in sede di gara in base alla fissazione di requisiti minimi delle stesse (quali, ad esempio, la localizzazione, il grado di rispondenza della stessa alle specifiche finalità pubbliche per cui deve essere realizzata, il livello di urbanizzazione delle zone circostanti, ecc.).

Il **co. 10** stabilisce che il contratto deve prevedere l'esercizio della **facoltà di riscatto anticipato**.

Ai fini di un confronto con la previgente disciplina, la **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** sottolinea che *“è stata soppressa la previsione vigente secondo cui l’offerente può essere anche un contraente generale, poiché tale figura è stata completamente rivista mediante l’elaborazione di una disciplina sui servizi globali”*.

La stessa evidenza poi che *“non è stata riprodotta la disposizione, attualmente contenuta nell’art. 187, comma 2, del Codice secondo cui “il bando, ferme le altre indicazioni previste dal presente codice, determina i requisiti soggettivi, funzionali, economici, tecnico-realizzativi ed organizzativi di partecipazione, le caratteristiche tecniche ed estetiche dell’opera, i costi, i tempi e le garanzie dell’operazione, nonché i parametri di valutazione tecnica ed economico-finanziaria dell’offerta economicamente più vantaggiosa”, in quanto “trova infatti applicazione la disposizione generale contenuta nell’art. 174, comma 3, dello schema, secondo cui “l’affidamento e l’esecuzione dei contratti di partenariato pubblico – privato sono disciplinati dalle disposizioni di cui ai Titoli II, III e IV della Parte II”*”.

PARTE IV

DEL CONTRATTO DI DISPONIBILITA’

Art. 197 – Definizione e disciplina

- 1. Le parti determinano il contenuto del contratto di disponibilità nei limiti imposti dalle disposizioni di cui al presente articolo, tenendo conto dei bandi-tipo e dei contratti-tipo redatti dall’Autorità di regolazione del settore.*
- 2. Il corrispettivo del contratto di disponibilità si compone di un canone di disponibilità, commisurato all’effettivo periodo per il quale l’operatore economico ha garantito il godimento dell’opera, sempre che il mancato o ridotto godimento non rientri nel rischio a carico dell’ente concedente ai sensi del comma 4.*
- 3. Quando è convenuto il trasferimento della proprietà dell’opera all’ente concedente il corrispettivo si compone anche: a) di un eventuale contributo in corso d’opera, non superiore al 50 per cento del costo di costruzione dell’opera; b) di un prezzo di trasferimento, da pagare al termine del contratto, determinato in relazione al valore di mercato residuo dell’opera e tenendo conto dell’importo già versato a titolo di canone di disponibilità e di eventuale contributo in corso d’opera.*
- 4. Se non è diversamente convenuto tra le parti e salvo quanto disposto dal comma 5, il rischio del mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni oppure di ogni altro atto amministrativo incidente sul compimento o sulla gestione tecnica dell’opera è a carico dell’ente concedente.*
- 5. Il rischio del mancato o ritardato rilascio di atti di approvazione o di assenso, da parte di autorità diverse dall’ente concedente, attinenti alla progettazione e alle eventuali varianti in corso d’opera è a carico dell’operatore economico.*

6. *Le varianti in corso d'opera sono comunicate dall'operatore economico all'ente concedente al fine di consentire a quest'ultimo di opporsi quando alterino le caratteristiche specifiche dell'opera indicate nel capitolato prestazionale.*
7. *Il contratto determina i modi di attribuzione alle parti degli eventuali oneri sopravvenuti, incidenti sul corrispettivo pattuito per il compimento e la gestione dell'opera, derivanti da disposizioni normative o da provvedimenti dell'autorità.*
8. *L'ente concedente può attribuire all'operatore economico la qualità di autorità espropriante, come definita all'articolo 3 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327, con il potere di espropriare e di curare il relativo procedimento.*
9. *L'ente concedente redige, unitamente al bando o all'avviso, avvalendosi anche dei bandi-tipo e dei contrattitipo dell'ANAC, un capitolato che indica le caratteristiche specifiche dell'opera, i criteri di determinazione e di riduzione del corrispettivo e i modi di prestazione di garanzie e cauzioni, anche funzionali ad assicurare l'esatto adempimento delle obbligazioni contrattuali.*
10. *Il bando indica i criteri, secondo l'ordine di importanza loro attribuita, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse offerte.*
11. *Il contratto di disponibilità può essere sottoscritto solo dall'operatore economico in possesso dei requisiti generali di qualificazione e di partecipazione alle procedure di affidamento.*
12. *L'ente concedente, nei modi previsti dal contratto, ha il diritto di controllare lo svolgimento dei lavori e di verificare prima della consegna l'opera compiuta, eventualmente proponendo le necessarie modificazioni e varianti, sempre che queste non alterino le caratteristiche specifiche dell'opera indicate nel capitolato prestazionale.*
13. *Il contratto determina i casi e i modi di modificazione del contratto, anche attraverso la riduzione del canone di disponibilità, idonei a ricondurlo a equità, anche tenendo conto della esigenza di tutelare i creditori indicati all'articolo 199.*

Si delineano i tratti essenziali del contratto di disponibilità, la cui definizione è contenuta all'**art. 2 dell'Allegato I.1**.

Il **co. 1** enfatizza il ruolo dell'**autonomia delle parti**, anche con l'ausilio di bandi-tipo e di contrattitipo redatti da ANAC per assicurare un maggior grado di omogeneità e di qualità.

La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** sottolinea che *“la “naturale” funzione del contratto implica la permanenza dell'opera nella proprietà dell'affidatario”* tale per cui è assicurata *“l'esecuzione di opere funzionali al soddisfacimento degli scopi d'interesse pubblico cui l'Amministrazione è istituzionalmente preposta”*, derivandone *“la trasposizione a carico del privato dei soli rischi di costruzione e di disponibilità, con esclusione di quelli gestori comunemente ascrivibili alle operazioni di concessione”*.

I **co. 2 e 9**, poi, chiariscono che il cd. **“canone di disponibilità”** costituisce il *pretium* per la fruizione e il godimento dell'opera, variabile in funzione del periodo di effettivo godimento.

Il **co. 3** disciplina il **corrispettivo “ulteriore ed eventuale”** in favore dell'operatore economico, nel caso di traslazione del diritto dominicale sull'opera in capo alla Amministrazione.

I **co. 4-5** governano l'**alea contrattuale**, allocando, in capo alla Amministrazione, il rischio afferente al mancato ottenimento di atti di autorizzazione/abilitazione, relativi alla fase esecutiva dell'opera, ovvero al suo compimento e alla sua gestione e, in capo all'operatore economico, l'alea relativa agli atti abilitativi/autorizzatori relativi al momento progettuale, ivi comprese le eventuali varianti.

Il **co. 6** conferma la facoltà dell'operatore di apportare **varianti** al progetto, condizionate all'autorizzazione dell'Amministrazione.

Il **co. 7** disciplina l'allocatione dell'alea derivante da oneri riconducibili al *factum principis*.

Il **co. 8** prevede che l'ente concedente possa attribuire all'operatore economico la **qualità di autorità espropriante**.

Il **co. 9** sottolinea nuovamente l'intento conformativo dell'autonomia contrattuale dei bandi-tipo e dei contratti-tipo dell'ANAC; al **capitolato**, rimesso all'ente concedente, spetta indicare le caratteristiche specifiche dell'opera, i criteri di determinazione e di riduzione del corrispettivo, e i modi di prestazione di garanzie e cauzioni, anche funzionali ad assicurare l'esatto adempimento delle obbligazioni contrattuali.

Il **co. 10** demanda al **bando** la indicazione dei criteri per la valutazione comparativa delle offerte.

Il **co. 11** delinea, per il privato, la **capacità di essere parte del contratto di disponibilità**, mutuandola da quella generalmente contemplata per la partecipazione alle procedure di affidamento di appalti.

Il **co. 12** regola i **munera di controllo** dell'ente concedente, oltre che di proposta di varianti che non comportino mutazioni sostanziali delle caratteristiche dell'opera.

Il **co. 13** demanda alle **previsioni contrattuali** la fissazione dei criteri di modificazione del contratto e del canone di disponibilità.

PARTE V

ALTRE DISPOSIZIONI IN MATERIA DI PARTENARIATO

PUBBLICO-PRIVATO

Art. 198 – Altre disposizioni in materia di gara

1. *Le proposte di cui all'articolo 193, comma 1, primo periodo, possono riguardare, in alternativa alla concessione, tutti i contratti di partenariato pubblico privato.*

2. Gli operatori economici aggiudicatari di contratti di partenariato pubblico-privato possono sempre avvalersi, anche al di fuori della finanza di progetto, della facoltà di costituire una società di scopo ai sensi degli articoli 194 e 195.

3. Gli investitori istituzionali di cui all'articolo 193, comma 1, quarto periodo, anche al di fuori della finanza di progetto, possono partecipare alla gara, associandosi o consorziandosi con operatori economici in possesso dei requisiti per l'esecuzione dei lavori o dei servizi, qualora gli stessi ne siano privi. Gli investitori istituzionali possono soddisfare la richiesta dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale avvalendosi, anche integralmente, delle capacità di altri soggetti. Gli investitori istituzionali possono altresì subappaltare, anche interamente, le prestazioni oggetto del contratto di concessione a imprese in possesso dei requisiti richiesti dal bando, a condizione che il nominativo del subappaltatore venga comunicato, con il suo consenso, all'ente concedente entro la scadenza del termine per la presentazione dell'offerta.

Nell'articolo sono contenute altre disposizioni volte ad incentivare la partecipazione degli investitori istituzionali alle operazioni di partenariato pubblico-privato.

Il **co. 1** prevede che le **proposte ex art. 193, co. 1, primo periodo del codice** possano riguardare, in alternativa alla concessione, tutti i contratti di partenariato pubblico privato.

Il **co. 2** statuisce che gli operatori economici aggiudicatari di contratti di partenariato pubblico-privato possono sempre avvalersi, anche al di fuori della finanza di progetto, della facoltà di costituire una **società di scopo ex artt. 194-195** del codice.

Il **co. 3** dispone che gli **investitori istituzionali**, anche al di fuori della finanza di progetto, possono partecipare alla gara, **associandosi o consorziandosi** con operatori economici in possesso dei requisiti per l'esecuzione dei lavori o dei servizi, qualora gli stessi ne siano privi, così come ricorrendo all'**avvalimento** o al **subappalto**.

Per comprendere la *ratio* della disposizione, la **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** espone quanto segue: "In merito, si ricorda che il d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. decreto Sblocca cantieri), convertito con modificazioni dalla legge n. 55 del 2019, ha inserito all'art. 183 del codice del 2016, relativo alla finanza di progetto, un nuovo comma 17-bis, prevedendo che investitori istituzionali possano presentare proposte ad iniziativa privata" concludendo che "la finalità della norma è quella di consentire ad investitori istituzionali di poter investire in infrastrutture in un momento in cui le imprese di costruzioni trovano difficoltà a reperire finanziamenti bancari" così migliorando "la finanziabilità delle opere" e consentendo "il rilancio degli investimenti in infrastrutture".

Art. 199 – Privilegio sui crediti e ulteriori garanzie

1. I crediti dei soggetti che finanziano o rfinanziano, in qualunque forma, la realizzazione di lavori pubblici, di opere di interesse pubblico o la gestione di pubblici servizi hanno privilegio generale, ai sensi degli articoli

2745 e seguenti del codice civile, sui beni mobili, ivi inclusi i crediti, del concessionario, delle società di scopo, delle società affidatarie, a qualunque titolo, di contratti di partenariato pubblico-privato, oppure di contraenti generali.

2. Il privilegio, a pena di nullità del contratto di finanziamento, deve risultare da atto scritto. Nell'atto sono esattamente descritti i finanziatori originari dei crediti, il debitore, l'ammontare in linea capitale del finanziamento o della linea di credito, nonché gli elementi che costituiscono il finanziamento.

3. L'opponibilità ai terzi del privilegio sui beni è subordinata alla trascrizione, nel registro indicato dall'articolo 1524, secondo comma, del codice civile, dell'atto dal quale il privilegio risulta. Della costituzione del privilegio è dato avviso mediante pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. Dall'avviso devono risultare gli estremi della avvenuta trascrizione. La trascrizione e la pubblicazione sono effettuate presso i competenti uffici del luogo ove ha sede l'impresa finanziata.

4. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 1153 del codice civile, il privilegio può essere esercitato anche nei confronti dei terzi che abbiano acquistato diritti sui beni che sono oggetto dello stesso dopo la trascrizione prevista dal comma 3 del presente articolo. Nell'ipotesi in cui non sia possibile far valere il privilegio nei confronti del terzo acquirente, il privilegio si trasferisce sul corrispettivo.

5. Al fine di agevolare la bancabilità delle iniziative, tutti i crediti della società di scopo, presenti e futuri, ivi inclusi quelli verso il soggetto aggiudicatore e altre pubbliche amministrazioni, possono essere costituiti in pegno o ceduti in garanzia dalla società a banche o altri soggetti finanziatori, senza necessità di consenso del debitore ceduto, anche quando non siano ancora liquidi ed esigibili.

6. I beni sui quali la società di scopo è titolare di diritti reali possono essere ipotecati o dati in pegno solo a garanzia di prestiti contratti per finanziare o rifinanziare gli investimenti e i fabbisogni previsti dal contratto di partenariato pubblico-privato.

Si è provveduto a modificare la rubrica così da inserire anche la previsione di **ulteriori garanzie** a favore dei finanziatori di contratti di ppp.

Il **co. 1**, rispetto all'art. 186 D.Lgs. 50/2016, è stato riformulato con alcune semplificazioni e specificazioni.

Come sintetizzato dalla **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato**, "in particolare, da un lato si è fatto specifico riferimento alla società di scopo quale figura tipizzata di partenariato contrattuale che non va confusa con altre forme di partenariato istituzionalizzato; dall'altro si è fatto distinto riferimento alle "società affidatarie, a qualunque titolo, di contratti di ppp" al fine di includervi anche tutte le possibili ipotesi di affidamento diretto o in house" così concludendo che "in entrambi i casi i crediti dei finanziatori sono assistiti da privilegio generale ex lege sui beni mobili, ivi inclusi i crediti del concessionario, delle società di scopo, e più in generale, delle società affidatarie di contratti di ppp".

Il **co. 2** prevede la **nullità** per il negozio di finanziamento che non menzioni la sussistenza del privilegio generale ex lege.

I **co. 3-4** confermano **l'opponibilità ai terzi** del privilegio.

Il **co. 5** riguarda la costituzione in pegno o la cessione in garanzia dei crediti della società di scopo. E' previsione di nuova introduzione e, come precisato dalla **Relazione Illustrativa del Consiglio di**

Stato, *“ha lo scopo di favorire, come esplicitato dalla disposizione medesima, la bancabilità delle iniziative”* trattandosi di *“una disposizione speciale, meno restrittiva di quella contenuta in via generale nell’attuale art. 106, co. 13 D.Lgs. 50/2016, che prevede un meccanismo di silenzio-assenso e, comunque, la possibilità di rifiutare la cessione”*: non si richiede il consenso del debitore ceduto.

Anche il **co. 6** è di nuovo conio ed è limitato alle società di scopo, che costituiscono un patrimonio separato: i relativi beni possono essere ipotecati o dati in pegno solo a garanzia di prestiti contratti per finanziare o rifinanziare gli investimenti e /o i fabbisogni previsti dal contratto di partenariato pubblico-privato.

Art. 200 – Contratti di rendimento energetico o di prestazioni energetica

Nel caso di contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica (EPC), i ricavi di gestione dell’operatore economico sono determinati e pagati in funzione del livello di miglioramento dell’efficienza energetica o di altri criteri di prestazione energetica stabiliti contrattualmente, purché quantificabili in relazione ai consumi. La misura di miglioramento dell’efficienza energetica, calcolata secondo le norme in materia di attestazione della prestazione energetica degli immobili e delle altre infrastrutture energivore, è resa disponibile all’ente concedente a cura dell’operatore economico e deve essere verificata e monitorata durante l’intera durata del contratto, anche avvalendosi di apposite piattaforme informatiche adibite per la raccolta, l’organizzazione, la gestione, l’elaborazione, la valutazione e il monitoraggio dei consumi energetici.

Vengono qui disciplinati i c.d. **“Energy Performance Contract” (EPC)**: trattasi di una fattispecie contrattuale introdotta dalla **direttiva 2012/27/UE** sull’efficienza energetica, recepita nel nostro ordinamento con il **D.Lgs. 102/2014**.

In particolare, il **contratto di rendimento energetico** (art. 2, co. 1, lett. n) D.Lgs. n. 102/2014) è un *“accordo contrattuale tra il beneficiario o chi per esso esercita il potere negoziale e il fornitore di una misura di miglioramento dell’efficienza energetica, verificata e monitorata durante l’intera durata del contratto, dove gli investimenti (lavori, forniture o servizi) realizzati sono pagati in funzione del livello di miglioramento dell’efficienza energetica stabilito contrattualmente o di altri criteri di prestazione energetica concordati, quali i risparmi finanziari”*.

Oggetto del contratto, pertanto, è il conseguimento di una *“misura di miglioramento dell’efficienza energetica”*.

La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** evidenzia come *“la complessa natura di tali contratti [abbia] portato la dottrina a dubitare che gli stessi potessero qualificarsi come contratti di partenariato pubblico-privato”*, ulteriormente precisando che *“tuttavia, sul punto, è intervenuto il d.l. n. 76 del 2020 (c.d. decreto semplificazioni), convertito dalla legge n. 120/2020 che all’art. 8, comma 5, lett c-quater) ha introdotto alcune disposizioni relative alle modalità di remunerazione dell’operatore economico proprio nell’ambito dei contratti*

di rendimento energetico, inserendole all'interno dell'art. 180, comma 2 del d.lgs. n. 50 del 2016, dedicato appunto al partenariato pubblico-privato".

Art. 201 – Partenariato sociale

1. Gli enti concedenti stabiliscono, con atto generale e tenuto conto dei bandi-tipo e dei contratti-tipo predisposti dall'Autorità di regolazione del settore, i criteri e le condizioni, per la conclusione di contratti di partenariato sociale aventi ad oggetto una o più delle prestazioni seguenti:

a) gestione e manutenzione di aree riservate al verde pubblico urbano e di immobili di origine rurale destinati ad attività sociali e culturali, ceduti al Comune in esecuzione di convenzioni e di strumenti urbanistici attuativi; sussiste, per la conclusione di tale contratto, il diritto di prelazione dei cittadini, aventi residenza o domicilio nei comprensori ove insistono i beni e le aree, costituenti un consorzio del comprensorio che raggiunga almeno i due terzi della proprietà della lottizzazione; i cittadini costituiti in consorzio possono beneficiare, altresì, di incentivi fiscali;

b) gestione, manutenzione e valorizzazione di piazze e strade o interventi di decoro urbano e di recupero di aree e beni immobili inutilizzati, per destinarli a fini di interesse generale, sulla base di progetti presentati da cittadini, singoli o associati che, all'uopo, beneficiano di incentivi fiscali direttamente attinenti alla attività svolta dal singolo o dalla associazione, o comunque utile alla comunità territoriale di riferimento;

c) compimento di opere di interesse locale, da acquisire al patrimonio indisponibile dell'ente concedente, sulla base di progetti presentati da cittadini, singoli o associati, e a spese di questi ultimi; l'esecuzione delle opere è esente da oneri fiscali e amministrativi, salva l'imposta sul valore aggiunto.

2. Le parti determinano il contenuto dei contratti di partenariato sociale nei limiti imposti dalle disposizioni seguenti, tenendo conto dei bandi-tipo e dei contratti-tipo redatti dall'ANAC.

3. Possono concludere i contratti di partenariato sociale microimprese, piccole e medie imprese, come definite dall'articolo 1, comma 1, lettera o) dell'allegato I.1.

4. Con l'atto generale indicato nel comma 1 sono determinati i modi di esercizio del diritto di prelazione dei cittadini costituiti in consorzi e la natura e la misura degli incentivi fiscali previsti per la conclusione dei contratti di partenariato sociale, nei limiti di quanto previsto con rinvio a leggi speciali dal codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

Si riformulano ed accorpano gli **artt. 189-190 D.Lgs. 50/2016**, introducendo una nozione unitaria di "partenariato sociale" intesa quale tipica forma di collaborazione tra i privati e la Amministrazione per la realizzazione di fini di interesse generale e di sussidiarietà orizzontale ex art. 118, co. 4, Cost.. Come osservato dalla **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato**, "si tratta, come osservato in dottrina, di figure negoziali che perseguono finalità di interesse generale, ovvero socialmente utili per i cives e la collettività territoriale di riferimento (impingenti in beni comuni, ovvero public goods) attraverso una reciproca datio in solutum: - i cittadini, singulatim ovvero associati, o le piccole e medie imprese, anziché pagare un debito tributario in denaro, assolvono alla propria obbligazione tributaria pel tramite di una prestazione

d'opera o di servizi; - l'ente territoriale, anziché pagare in denaro un'opera o un servizio, porta in compensazione un proprio credito tributario; in questa ottica il partenariato sociale – analogamente alle altre forme di PPP- integra un “rimedio significativo per il superamento di crisi finanziarie e dei vincoli posti alla spesa pubblica”.

Il **co. 1** affida agli enti concedenti il compito di delineare, per mezzo di un “atto generale”, i **criteri e le condizioni per la conclusione di contratti di partenariato sociale**, individuando i tratti essenziali dei diversi tipi contrattuali e delimitando, altresì, la platea dei soggetti privati che possono essere parti del contratto, ivi ricomprendendosi anche le PMI (**co. 3**).

Il **co. 2** demanda alla autonomia delle parti, anche con l'ausilio di **bandi-tipo** e di **contratti-tipo** redatti da ANAC, la determinazione del contenuto dei contratti, tenendo conto dei limiti imposti dalla norma primaria.

Il **co. 4** affida all'atto generale indicato al co. 1 la **determinazione dei modi di esercizio del diritto di prelazione** dei cittadini costituiti in consorzio (previsto dal comma 1, lett. a)) e della concreta latitudine e misura degli **incentivi fiscali** di cui beneficiano i privati, la cui natura e tipologia è demandata ad una norma “esterna” al *corpus* codicistico.

Non è riprodotta la disciplina della procedura prodromica alla conclusione del contratto avente ad oggetto il compimento di “*opere di interesse locale*” ex art. 189, co. 2-3 D.Lgs. 50/2016.

Art. 202 – Cessione di immobili in cambio di opere

Il bando di gara, redatto anche tenendo conto dei bandi-tipo e dei contratti-tipo predisposti dall'ANAC, può prevedere:

a) a titolo di corrispettivo, totale o parziale e sulla base del loro valore di mercato, il trasferimento all'operatore economico o, quando questi vi abbia interesse, a terzi da lui indicati, in possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, della proprietà di beni immobili dell'ente concedente, già indicati nel programma triennale per i lavori o nell'avviso di pre-informazione per i servizi e le forniture, non più destinati al perseguimento di scopi di interesse generale;

b) il trasferimento della proprietà in un momento anteriore a quello della fine dei lavori, previa garanzia fideiussoria pari al valore dell'immobile, da prestarsi nei modi previsti dal codice per la partecipazione alle procedure di affidamento; la fideiussione è progressivamente svincolata con le modalità previste con riferimento alla cauzione definitiva.

Si snellisce quanto disposto dall'**art. 191 D.Lgs. 50/2016**, sovrabbondante per quanto attiene ai **co. 2, 2-bis e 3**, riducendosi la disciplina primaria alla individuazione dei tratti fondamentali di tale schema negoziale e demandando all'autonomia della Amministrazione (bando) e delle parti (contratto), nel solco dei contratti-tipo e dei bandi-tipo di ANAC, gli aspetti di dettaglio.

Il **co. 1, lett. a)** specifica che - in caso di cessione dell'immobile ad un soggetto terzo rispetto alla "controparte privata"- vi è necessità che sussista all'uopo l'interesse di essa controparte, configurando il trasferimento ad un terzo un "**contratto a favore del terzo**", la cui validità presuppone giustappunto l'interesse dello stipulante ai sensi dell'**art. 1411, co. 1, c.c.**

Il **co. 1, lett. b)** riconosce la particolare rilevanza che assumono le **garanzie** nella figura negoziale in esame, ove la traslazione del diritto dominicale integra il corrispettivo da versare all'operatore; di talchè, la sua anticipata corresponsione implica *ex se* la prestazione di idonea garanzia da parte del privato che fruisce di tale *beneficium*.

PARTE IV

DEI SERVIZI GLOBALI

Art. 203 – Affidamento di servizi globali

- 1. L'affidamento di servizi globali si realizza mediante la conclusione di contratti, anche diversi da quelli disciplinati dalle disposizioni della presente Parte, con cui l'operatore economico è tenuto a perseguire un risultato amministrativo mediante le prestazioni professionali e specialistiche dedotte in obbligazione in cambio di un corrispettivo determinato in relazione al risultato ottenuto e alla attività normalmente necessaria per ottenerlo.*
- 2. I contratti di affidamento di servizi globali possono essere sottoscritti solo da un operatore economico in possesso della specifica qualificazione prevista dall'articolo 207, oltre che dei requisiti generali per la partecipazione alle procedure di affidamento.*
- 3. Le parti determinano il contenuto dei contratti di affidamento dei servizi globali nei limiti imposti dalle disposizioni della presente Parte, tenendo conto dei bandi-tipo e dei contratti-tipo redatti dall'ANAC.*

Si introduce la disciplina generale dei contratti cd. "global service", già tipizzata nella prassi, (norma UNI 10685/1998 e delibera ANAC del 25 settembre 2008).

La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** sottolinea che "il tratto distintivo fondamentale tra tali contratti e quelli di PPP è da rinvenire nella mancanza nei primi della traslazione del rischio operativo in capo all'operatore economico che, per converso, irrimediabilmente connota i secondi".

Il **co. 1** delinea i **tratti essenziali dei contratti di affidamento di servizi globali**: i) il risultato amministrativo; ii) le prestazioni gravanti sul qualificato operatore economico chiamato a "collaborare" con la Amministrazione per il perseguimento di detto risultato; iii) il corrispettivo.

Il **co. 2** rimarca la **qualificazione dell'operatore economico affidatario** dei servizi globali, cui si richiede un *quid pluris* in termini di competenze professionali e capacità patrimoniali e finanziari, rinviandosi allo specifico sistema di qualificazione previsto per il contraente generale.

Il **co. 3** attribuisce all'ANAC poteri di indirizzo e di cd. "soft law" nella individuazione dei possibili contenuti operativi e di dettaglio dei bandi e dei contratti.

Art. 204 – Contraente generale

1. *L'affidamento dei servizi globali al contraente generale si realizza mediante la conclusione di un contratto che obbliga l'operatore economico a compiere un'opera e a perseguire un determinato risultato amministrativo indicato nel bando e nel contratto, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio in cambio di un corrispettivo determinato in base al risultato ottenuto e alle prestazioni rese. L'affidamento al contraente generale è deciso dall'ente concedente tenendo conto della complessità e della eterogeneità delle prestazioni richieste e della esigenza di perseguire un risultato amministrativo di elevata qualità ed efficacia, e sempre che l'importo dell'affidamento non sia inferiore a 100 milioni di euro.*

2. *I rapporti tra soggetto aggiudicatore e contraente generale sono regolati, oltre che dal bando di gara e dal contratto, dalle disposizioni del codice sui contratti di appalto e di concessione.*

3. *Il contraente generale è tenuto fra l'altro:*

a) a redigere il progetto esecutivo, in conformità del progetto di fattibilità tecnico-economica redatto dal soggetto aggiudicatore, e a compiere le attività strumentali alla sua approvazione;

b) ad assicurare il prefinanziamento, in tutto o in parte, dell'opera; c) a comunicare costantemente al soggetto aggiudicatore le informazioni necessarie a prevenire tentativi di infiltrazione mafiosa.

4. *Il contratto può prevedere che: a) l'operatore economico abbia la qualità di autorità espropriante, come definita dall'articolo 3 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327, con il potere di espropriare e di curare il relativo procedimento; b) l'operatore economico individui i modi di gestione dell'opera e di selezione dei soggetti cui tale gestione può essere affidata.*

5. *L'ente concedente redige il progetto di fattibilità tecnico-economica e approva il progetto esecutivo e le sue varianti.*

6. *Il bando di gara e il contratto stabiliscono:*

a) i criteri di determinazione e di riduzione del corrispettivo spettante al contraente generale in base al risultato ottenuto e alle prestazioni rese;

b) i modi e i tempi di pagamento del corrispettivo, che in ogni caso avviene dopo il collaudo per la parte relativa ai lavori realizzati con anticipazione;

c) le risorse proprie del contraente generale ai sensi del comma 14;

d) i modi di attribuzione alle parti degli eventuali oneri sopravvenuti, incidenti sul corrispettivo e derivanti da disposizioni normative o da provvedimenti di altre autorità;

e) le misure idonee a prevenire tentativi di infiltrazione e condizionamento mafiosi e i relativi costi, non sottoposti a ribasso d'asta.

7. Il rischio derivante dalle varianti del progetto richieste dall'ente concedente, o cagionate da forza maggiore o da provvedimenti di altre autorità, è a carico dell'ente concedente.
8. Il rischio derivante da varianti cagionate da omissioni, inesattezze o errori del progetto esecutivo è a carico del contraente generale.
9. Fuori dei casi previsti dai commi 7 e 8, l'operatore economico comunica le varianti del progetto all'ente concedente per consentire a quest'ultimo di opporsi quando queste alterino le caratteristiche specifiche dell'opera, o i modi o i tempi del suo compimento, o in ogni caso modifichino il risultato amministrativo dedotto nel contratto.
10. Alle varianti del progetto non si applicano le disposizioni del codice che consentono l'uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara.
11. Il contraente generale può eseguire le prestazioni dedotte in obbligazione anche costituendo una società di scopo, a cui possono partecipare soggetti dotati di idonei requisiti di professionalità, ivi compresi gli investitori istituzionali di cui all'articolo 193, comma 1, quarto periodo, preventivamente indicati al momento della partecipazione alla gara. La società di scopo è disciplinata dall'articolo 194 oltre che dalle disposizioni seguenti.
12. Se non è diversamente stabilito nel contratto, il contraente generale o i diversi soggetti che lo compongono sono solidalmente responsabili con la società di scopo per l'esatto adempimento delle obbligazioni contrattuali. In alternativa, la società di scopo può fornire all'ente concedente garanzie bancarie e assicurative per la restituzione delle somme percepite in corso d'opera, liberando in tal modo i soci. Le garanzie cessano quando è emesso il certificato di collaudo dell'opera. La cessione di crediti del contraente generale e della società di scopo è regolata dalle disposizioni del codice sulla cessione di crediti da corrispettivo di appalto e concessione.
13. Il contraente generale può eseguire le prestazioni contrattuali anche affidandole a terzi, in possesso dei richiesti requisiti di qualificazione, ai quali non possono essere imposti obblighi e oneri ulteriori rispetto a quelli che gravano sul contraente generale nei rapporti con l'ente concedente. I terzi affidatari possono procedere al sub affidamento, nei modi e nei limiti previsti per gli appalti di lavori pubblici. Si applicano le norme sul subappalto.
14. Il bando e il contratto determinano la quota di valore dell'opera che deve essere realizzata con anticipazione di risorse del contraente generale. Il contraente generale o la società di scopo, per finanziare tale quota, possono emettere obbligazioni, previa autorizzazione degli organi di vigilanza, anche in deroga ai limiti previsti dall'articolo 2412 del codice civile. L'ente concedente garantisce il pagamento delle obbligazioni emesse, nei limiti del proprio debito verso il contraente generale, nei modi stabiliti con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti.
15. L'ente aggiudicatore versa il corrispettivo delle prestazioni rese e prefinanziate dal contraente generale con la emissione di un certificato di pagamento esigibile alla scadenza del prefinanziamento secondo le previsioni contrattuali. Il certificato di pagamento costituisce definitivo riconoscimento del credito del finanziatore cessionario per i soli crediti di cui al presente comma ceduti a fronte di finanziamenti senza rivalsa o con rivalsa limitata. Al cessionario non è applicabile alcuna eccezione di pagamento delle quote di prefinanziamento riconosciute, derivante dai rapporti tra debitore e creditore cedente, ivi inclusa la compensazione con crediti derivanti dall'adempimento dello stesso contratto o con qualsiasi diverso credito nei confronti del contraente generale cedente.
16. Il bando e il contratto indicano il termine finale di pagamento dei crediti riconosciuti definitivi ai sensi del comma 15, nei casi di mancato o tardivo raggiungimento del risultato dedotto in contratto.

17. Il riconoscimento definitivo del credito non opera quando le garanzie per l'esecuzione di lavori di particolare valore, come disciplinate dal codice, si sono ridotte o quando la riduzione è espressamente prevista, salvo che sia ripristinata la garanzia o eliminata la previsione di riduzione.

18. L'ente concedente, nei modi previsti dal bando o dal contratto, controlla le prestazioni del contraente generale e lo svolgimento dei lavori e verifica prima della consegna l'opera compiuta e il risultato ottenuto, eventualmente proponendo le necessarie modificazioni e varianti, sempre che queste non alterino caratteristiche specifiche dell'opera e del risultato indicate nel bando e nel progetto di fattibilità tecnico-economica. L'ente concedente nomina il direttore dei lavori e i collaudatori ed effettua il collaudo.

Il **co. 1** rimodula la definizione contenuta nel D.Lgs. 50/2016, modellandola sul paradigma dell'art. 203 del codice.

La **seconda parte del co. 1**, invece, attribuisce peculiare rilevanza, nella valutazione prodromica all'affidamento al contraente generale, alla **qualità del risultato** prefissato ed alla **complessità ed eterogeneità delle prestazioni** necessarie per perseguirlo, tenuto conto di un importo minimo dell'affidamento che non può essere inferiore ai **100 milioni di euro**.

Il **co. 2** riproduce, semplificandolo, l'art. 194, co. 4 D.Lgs. 50/2016.

Il **co. 3** riprende e semplifica l'art. 194, co. 2 D.Lgs. 50/2016, omettendo l'elencazione dei *munera* gravanti in capo al soggetto aggiudicatore **in tema di misure antimafia**.

Il **co. 4** accorpa le previsioni afferenti agli **elementi accidentali** del contratto, quali la prerogativa espropriativa dei beni, il modo di gestione dell'opera e la selezione dei soggetti a ciò chiamati.

Il **co. 5** chiarisce che spetta all'ente concedente la **redazione del progetto di fattibilità tecnico-economica** e la **approvazione di quello esecutivo**, oltre alle relative varianti.

Il **co. 6 lett. a)-d)** accorpa le previsioni afferenti al **corrispettivo**; la **lett. e)** contiene una disposizione che demanda al bando e al contratto la individuazione delle **misure antimafia**, con i relativi costi, precedentemente contenute nell'art. 194, co. 20 D.Lgs. 50/2016.

I **co. 7-8** governano l'**alea** rispettivamente gravante in capo alle parti in relazione alle modifiche del progetto, allocandola **in capo alla Amministrazione** nei casi di modifiche da essa richieste, forza maggiore o modifiche normative, **in capo al privato** per cause rientranti nella sua sfera di signoria e di dominio.

Il **co. 9** riformula le previsioni dell'art. 194, co. 5 D.Lgs. 50/2016 sulla comunicazione, da parte dell'operatore economico, delle **varianti del progetto**, consentendo all'ente concedente di opporsi in caso di modifiche sostanziali del *quid*, del *quomodo* e del *tempus* connotanti il compimento dell'opera, ovvero la modificazione del risultato.

Il **co. 10** riproduce, con modifiche formali, l'art. 194, co. 5 D.Lgs. 50/2016 sulla **inapplicabilità** alle varianti del progetto della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando.

Il **co. 11** semplifica la previsione contenuta nell'art. 194, co. 10 D.Lgs. 50/2016, attribuendo al contraente generale la facoltà di ricorrere alla **costituzione di una società di scopo** per la esecuzione del contratto, rinviando alla generale disciplina della società di scopo: si specificano, altresì, i requisiti che i soci dovrebbero possedere.

Il **co. 12** tratteggia il regime della **responsabilità per l'inadempimento o dell'inesatto adempimento** delle obbligazioni.

La cessione di crediti è ricondotta alla generale disciplina del codice.

Il **co. 13** riprende l'art. 194, co. 7 D.Lgs. 50/2016 tanto sulla facoltà di affidare l'esecuzione delle prestazioni a terzi, quanto sull'eventuale subaffidamento da parte di questi ultimi.

Il **co. 14**, riprendendo l'art. 194, co. 12, D.Lgs. 50/2016, demanda al bando e al contratto la determinazione della **quota di valore** dell'opera da realizzarsi con anticipazioni del contraente generale: per quest'ultimo o per la società di scopo è possibile, comunque, attingere risorse tramite **prestiti obbligazionari** anche in deroga ai limiti contemplati dal codice civile, con apposite garanzie fornite dall'ente concedente.

I **co. 15-16-17** riprendono l'art. 194, co. 15-16-17 D.Lgs. 50/2016.

Il **co. 18** disciplina i **poteri di vigilanza** dell'ente concedente sulla rispondenza dell'opera al risultato prefissato e le possibili variazioni che lo stesso può apportare al progetto iniziale.

Art. 205 – Procedura di aggiudicazione del contraente generale

1. Il bando individua il progetto di fattibilità tecnico-economica e indica, in relazione alle caratteristiche e alla complessità dell'opera e del risultato da perseguire, il numero minimo e massimo di concorrenti invitati, assicurando in ogni caso una effettiva concorrenza. Quando le domande di partecipazione superano il numero massimo indicato, l'ente concedente seleziona gli operatori economici da invitare, sulla base di criteri pertinenti all'oggetto del contratto, resi noti nel bando.

2. L'aggiudicazione avviene secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata, oltre che in base ai criteri ordinari di aggiudicazione degli appalti, tenendo conto in particolare:

a) del valore tecnico ed estetico delle varianti;

b) dell'incremento di valore del prefinanziamento, rispetto a quello indicato nel bando, offerto dal concorrente;

c) di ogni altro elemento idoneo al miglior perseguimento del risultato amministrativo dedotto nel contratto.

3. Il bando di gara può prevedere che l'offerente dimostri:

a) l'assenza dei motivi di esclusione indicati agli articoli 94, 95, 96, 97 e 98, ferma restando la necessità di accertare sempre il possesso dei requisiti generali da parte dell'offerente che risulti poi aggiudicatario;

b) la disponibilità di risorse finanziarie, rivolte al prefinanziamento, proporzionate all'opera da realizzare;

c) il possesso, da parte delle imprese affidatarie designate in sede di gara o dello stesso offerente, di requisiti professionali e finanziari idonei allo svolgimento delle prestazioni richieste.

4. *Non possono concorrere alla medesima gara imprese collegate. L'operatore che partecipa alla gara, singolarmente o facendo parte di un raggruppamento temporaneo o consorzio, non può parteciparvi quale membro di altro raggruppamento temporaneo, associazione o consorzio, anche stabile.*
5. *Il contraente generale in possesso della richiesta classifica di qualificazione può partecipare alla procedura di gara in associazione o consorzio con altre imprese purché queste ultime siano ammesse, per qualunque classifica, al sistema di qualificazione ovvero siano qualificabili, per qualunque classifica. Le imprese associate o consorziate concorrono alla dimostrazione dei requisiti di cui al comma 1.*
6. *Gli affidamenti degli enti concedenti operanti nei settori speciali sono disciplinati, oltre che dalle disposizioni della presente Parte, dalle relative norme del Libro III.*
7. *Gli affidamenti degli enti concedenti diversi da quelli indicati nel comma 6 sono disciplinati, oltre che dalle disposizioni della presente Parte, dalle norme del Libro II, Parte IV.*

Si accorpano in tale disposizione gli **artt. 195 e 198 D.Lgs. 50/2016**, inerenti alla procedura di aggiudicazione del contratto ed alle modalità di partecipazione dei concorrenti.

Il **co. 1** rimette al **bando** la individuazione del progetto di fattibilità tecnico-economica e del numero minimo e massimo di operatori invitati, delineando altresì i criteri di selezione degli invitati nel caso di domande di partecipazioni eccedenti il ridotto numero massimo.

Il **co. 2** prevede il **criterio di aggiudicazione** (offerta economicamente più vantaggiosa), attribuendo particolare pregnanza - tra gli elementi di valutazione - al *“miglior perseguimento amministrativo del risultato amministrativo dedotto nel contratto”*.

Il **co. 3** riprende le prescrizioni del codice del 2016 in tema di dimostrazione, da parte dell'offerente, dei **requisiti professionali, finanziari e di onorabilità**: in particolare, alla lett. b) non si è riprodotta la previsione contenuta all'art. 198, co. 1, lett. b) D.Lgs. 50/2016, in tema di onere probatorio gravante in capo all'operatore, in quanto non giustificata limitazione della facoltà per il concorrente di dimostrare, con ogni mezzo (e non solo attraverso i bilanci consolidati o *“idonee dichiarazioni bancarie”*) la richiesta capacità economica o patrimoniale.

Il **co. 4** vieta la partecipazione alla gara di **imprese collegate** ovvero la **partecipazione plurima** di un operatore.

Il **co. 5** disciplina la **partecipazione in associazione o consorzio** insieme al relativo *modus* di dimostrazione dei requisiti professionali, finanziari e di onorabilità.

I **co. 6-7** contengono un **generale rinvio** alle restanti disposizioni del codice in tema di procedure di scelta, **anche per i settori speciali** in caso di enti concedenti ivi operanti.

Art. 206 – Controlli sull'esecuzione e collaudo

1. Il collaudo delle infrastrutture è effettuato nei modi e nei termini previsti dalle norme in tema di appalti di lavori.

2. Per le infrastrutture di grande rilevanza o complessità l'ente concedente può autorizzare le commissioni di collaudo ad avvalersi dei servizi di supporto e di indagine di soggetti specializzati nel settore. Gli oneri relativi sono a carico dei fondi a disposizione dell'ente concedente per la realizzazione delle predette infrastrutture con le modalità e i limiti stabiliti con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del codice. L'affidatario del supporto al collaudo non può avere rapporti di collegamento con chi ha progettato, diretto, eseguito o controllato in tutto o in parte il compimento della infrastruttura.

I **co. 1-2** riproducono sostanzialmente - con alcune modifiche formali- il contenuto dell'**art. 196, co. 1-2 D.Lgs. 50/2016**.

Art. 207 – Sistema di qualificazione del contraente generale

1. Il contraente generale è una società avente per oggetto l'esercizio di una attività commerciale o una società cooperativa, o un consorzio di cooperative di produzione e lavoro previsti dalla legge 25 giugno 1909, n. 422 e dal decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, oppure un consorzio stabile come definito dal presente codice:

a) in possesso dei requisiti professionali, patrimoniali e finanziari di cui al comma 2;

b) per il quale non ricorrono i motivi di esclusione di cui agli articoli 94, 95, 96, 97 e 98.

2. È istituito, con il regolamento di cui all'articolo 100, comma 4, il sistema di qualificazione del contraente generale, basato su classifiche, effettuate in base all'importo lordo delle procedure di aggiudicazione alle quali il contraente generale può partecipare. Il contraente generale non può partecipare a procedure di importo lordo superiore a quello della classifica di iscrizione, attestata con il sistema di cui al presente articolo, ma può unirsi ad altro contraente generale al fine di conseguire congiuntamente la classifica necessaria per partecipare.

3. In via transitoria, fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 2, la qualità di contraente generale è attestata dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti dietro richiesta dell'interessato, con atto che conserva la sua efficacia per tre anni. Fino alla predetta data, quando il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti non provvede al tempestivo rilascio dell'attestazione, il contraente generale può partecipare alla procedura di gara e concludere il contratto esibendo la precedente attestazione di cui sia in possesso, anche se scaduta.

Sono qui **accorpati** gli **artt. 197-199 D.Lgs. 50/2016**, afferenti al sistema di qualificazione del contraente generale e alla disciplina della attestazione di tale peculiare qualità.

Il **co. 1** delimita il "**tipo**" **contraente generale**, indicando altresì i peculiari requisiti professionali, patrimoniali, finanziari e di onorabilità di cui deve essere in possesso.

La **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** precisa che *“la ragione giustificativa di tale peculiare qualitas del contraente generale risiede nella particolarità delle prestazioni ad esso contraente richieste, segnatamente nell’ambito dello specifico settore delle infrastrutture strategiche”*.

Il **co. 2** demanda ad un apposito regolamento del MIT il peculiare **sistema di qualificazione del contraente generale**.

Il **co. 3** detta una **disciplina transitoria**, secondo cui, nelle more della adozione del nuovo regolamento, è disposta l’ultrattività del sistema attualmente vigente, che prevede la attestazione della specifica *qualitas* da parte del MIT.

Art. 208 – Servizi globali su beni immobili

1. *L’affidamento di servizi globali con oggetto beni immobili si realizza mediante la conclusione di un contratto col quale un operatore economico si obbliga, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, a consentire all’ente concedente il miglior godimento dei beni e a perseguire un determinato risultato amministrativo indicato nel bando e nel contratto in cambio di un corrispettivo determinato in relazione al risultato ottenuto e all’attività normalmente necessaria per ottenerlo.*

2. *Il bando di gara e il contratto stabiliscono:*

- a) i criteri di determinazione e di riduzione del corrispettivo spettante all’operatore economico in base al risultato ottenuto e alle prestazioni rese;*
- b) i modi e i tempi di pagamento del corrispettivo;*
- c) i modi di attribuzione alle parti degli eventuali oneri sopravvenuti, incidenti sul corrispettivo e derivanti da disposizioni normative o da provvedimenti di altre autorità.*

3. *L’aggiudicazione avviene secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, tenendo conto in particolare di ogni elemento idoneo al miglior perseguimento del risultato amministrativo dedotto nel contratto.* 4. *Si applica l’articolo 204, commi 11, 12, 13, 14 e 18.*

Il **co. 1** disciplina e codifica la figura negoziale del cd. *“global service”*, delineata nella prassi nella (prescrizione UNI 10685/1998), con rinvio anche a talune delle disposizioni disciplinanti il *“contraente generale”*.

La specifica figura negoziale si caratterizza:

- per la natura della *res* su cui insistono le prestazioni complesse ed eterogenee dell’operatore economico, trattandosi di **beni immobili**;
 - per la **natura omnicomprensiva dei servizi prestati dall’operatore**, volti a garantire la perfetta funzionalità ed il retto e duraturo godimento del bene immobile, con un servizio cd. *“chiavi in mano”*.
- All’operatore economico affidatario dei servizi globali è richiesto un *quid pluris* in termini di competenze professionali e capacità patrimoniali e finanziarie: la **legittimazione soggettiva** alla

stipulazione del contratto è già tratteggiata, in linea generale per tutti i negozi aventi ad oggetti i servizi globali all'art. 203, co. 2 del codice.

Il **co. 2** indica il **contenuto "minimo" del bando e del contratto**, attribuendo particolare pregnanza ai criteri di effettiva modulazione (in aumento o al ribasso) del corrispettivo, legato al "*risultato ottenuto*" oltre che alle prestazioni rese, nonché alla allocazione dell'alea da *factum principis*.

Il **co. 3** sancisce quale **criterio di aggiudicazione** quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e attribuisce particolare rilievo - tra gli elementi di valutazione - al "*miglior perseguimento del risultato dedotto nel contratto*".

Il **co. 4** contiene il **rinvio** a specifiche norme disciplinanti la figura del "*contraente generale*".

LIBRO QUINTO

DEL CONTENZIOSO E DELL'AUTORITA' NAZIONALE ANTICORRUZIONE.

DISPOSIZIONI FINALI E TRANSITORIE

PARTE I

DEL CONTENZIOSO

TITOLO I

I RICORSI GIURISDIZIONALI

Art. 209 – Modifiche al codice del processo amministrativo di cui all'allegato I al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104

1. Al codice del processo amministrativo, di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) l'articolo 120 è sostituito dal seguente:

«Art. 120 – (Disposizioni specifiche ai giudizi di cui all'articolo 119, comma 1, lettera a)) – 1. Gli atti delle procedure di affidamento e di concessione disciplinate dal codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge 21 giugno 2022, n. 78, comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative a esse connesse, i quali siano relativi a pubblici lavori, servizi o forniture, nonché i provvedimenti dell'Autorità nazionale anticorruzione in materia di contratti pubblici, sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente. In tutti gli atti di parte e in tutti i provvedimenti del giudice è indicato il codice identificativo di gara (CIG); nel caso di mancata indicazione il giudice procede in ogni caso e anche d'ufficio, su segnalazione della segreteria, ai sensi dell'articolo 86, comma 1.

2. Per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale o incidentale, e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, sono proposti nel termine di trenta giorni. Il termine decorre, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 90 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge n. 78 del 2022 oppure dal momento in cui gli atti sono messi a disposizione ai sensi dell'articolo 36, commi 1 e 2, del medesimo codice. Per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara che siano autonomamente lesivi, il termine decorre dalla pubblicazione di cui agli articoli 84 e 85 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge n. 78 del 2022. Il ricorso incidentale è disciplinato dall'articolo 42.

3. *Nel caso in cui sia mancata la pubblicità del bando, il ricorso è comunque proposto entro trenta giorni dalla data di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione o della determinazione di procedere all'affidamento in house al soggetto partecipato o controllato. Per la decorrenza del termine l'avviso deve contenere la motivazione dell'atto di aggiudicazione e della scelta di affidare il contratto senza pubblicazione del bando e l'indicazione del sito dove sono visionabili gli atti e i documenti presupposti. Se sono omessi gli avvisi o le informazioni di cui al presente comma oppure se essi non sono conformi alle prescrizioni ivi indicate, il ricorso può essere proposto non oltre sei mesi dal giorno successivo alla data di stipulazione del contratto comunicata ai sensi del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge n. 78 del 2022.*
4. *Se la stazione appaltante o l'ente concedente è rappresentato dall'Avvocatura dello Stato, il ricorso è notificato anche presso la sede dell'Amministrazione, ai soli fini della operatività della sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto.*
5. *Se le parti richiedono congiuntamente di limitare la decisione all'esame di un'unica questione, nonché in ogni altro caso compatibilmente con le esigenze di difesa di tutte le parti in relazione alla complessità della causa, il giudizio è di norma definito, anche in deroga al comma 1, primo periodo, dell'articolo 74, in esito all'udienza cautelare ai sensi dell'articolo 60, ove ne ricorrano i presupposti, e, in mancanza, è comunque definito con sentenza in forma semplificata a una udienza fissata d'ufficio, da tenersi entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente e nel rispetto dei termini per il deposito dei documenti e delle memorie. Della data di udienza è dato immediato avviso alle parti a cura della segreteria, a mezzo posta elettronica certificata. In caso di esigenze istruttorie o quando è necessario integrare il contraddittorio o assicurare il rispetto di termini a difesa, la definizione del merito è rinviata, con l'ordinanza che dispone gli adempimenti istruttori o l'integrazione del contraddittorio o dispone il rinvio per l'esigenza di rispetto dei termini a difesa, a una udienza da tenersi non oltre trenta giorni.*
6. *In caso di istanza cautelare, all'esito dell'udienza in camera di consiglio e anche in caso di rigetto dell'istanza, il giudice provvede ai necessari approfondimenti istruttori.*
7. *I nuovi atti attinenti alla medesima procedura di gara sono impugnati con ricorso per motivi aggiunti, senza pagamento del contributo unificato.*
8. *Salvo quanto previsto dal presente articolo e dagli articoli da 121 a 125, si applica l'articolo 119.*
9. *Anche se dalla decisione sulla domanda cautelare non derivino effetti irreversibili, il collegio può subordinare la concessione o il diniego della misura cautelare alla prestazione, anche mediante fideiussione, di una cauzione di importo commisurato al valore dell'appalto e comunque non superiore allo 0,5 per cento di tale valore. La durata della misura subordinata alla cauzione è indicata nell'ordinanza. Resta fermo quanto stabilito dal comma 3 dell'articolo 119.*
10. *Nella decisione cautelare il giudice tiene conto di quanto previsto dagli articoli 121, comma 1, e 122, e delle esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione.*
11. *Il giudice deposita la sentenza con la quale definisce il giudizio entro quindici giorni dall'udienza di discussione. Quando la stesura della motivazione è particolarmente complessa, il giudice pubblica il dispositivo nel termine di cui al primo periodo, indicando anche le domande eventualmente accolte e le misure per darvi attuazione, e comunque deposita la sentenza entro trenta giorni dall'udienza.*
12. *Le disposizioni dei commi 1, secondo periodo, 5, 6, 8, 9, 10 e 11 si applicano anche innanzi al Consiglio di Stato nel giudizio di appello proposto avverso la sentenza o avverso l'ordinanza cautelare, e nei giudizi di*

revocazione o opposizione di terzo. La parte può proporre appello avverso il dispositivo per ottenerne la sospensione prima della pubblicazione della sentenza.

13. Nel caso di presentazione di offerte per più lotti l'impugnazione si propone con ricorso cumulativo solo se sono dedotti identici motivi di ricorso avverso lo stesso atto.»;

b) l'articolo 121 è sostituito dal seguente:

«Art. 121 – (Inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni) – 1. Il giudice che annulla l'aggiudicazione o gli affidamenti senza bando di cui al comma 2 dell'articolo 120 dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi:

a) se l'aggiudicazione è avvenuta senza pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge n. 78 del 2022;

b) se l'aggiudicazione è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge n. 78 del 2022;

c) se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'articolo 18 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge n. 78 del 2022, qualora tale violazione abbia impedito al ricorrente di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento;

d) se il contratto è stato stipulato senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione, ai sensi dell'articolo 18, comma 4, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge n. 78 del 2022, qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

2. Il giudice precisa, in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante o dell'ente concedente e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o se essa opera in via retroattiva.

3. Il contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1, qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse a un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti. Tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale. Gli interessi economici sono presi in considerazione come esigenze imperative solo quando l'inefficacia del contratto condurrebbe a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara. Non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia.

4. A cura della segreteria, le sentenze che provvedono in applicazione del comma 3 sono trasmesse alla Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento per le politiche europee.

5. Quando, nonostante le violazioni, il contratto è considerato efficace o l'inefficacia è temporalmente limitata, si applicano le sanzioni alternative di cui all'articolo 123.

6. La inefficacia del contratto prevista dal comma 1, lettere a) e b), non si applica quando la stazione appaltante o l'ente concedente ha seguito la seguente procedura:

a) con atto motivato anteriore all'avvio della procedura di affidamento ha dichiarato che la procedura senza pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana è consentita dal codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge n. 78 del 2022;

b) rispettivamente per i contratti di rilevanza europea e per quelli sotto soglia, ha pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea oppure nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana un avviso volontario per la trasparenza preventiva ai sensi dell'articolo 86 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge n. 78 del 2022, in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto;

c) il contratto non è stato concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di cui alla lettera b).»;

c) all'articolo 123, comma 1, alinea, le parole: «di cui all'articolo 121, comma 4» sono sostituite dalle seguenti: «di cui all'articolo 121, comma 5»;

d) l'articolo 124 è sostituito dal seguente:

«Art. 124 – (Tutela in forma specifica e per equivalente) – 1. L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e di stipulare il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1, e 122. Se non dichiara l'inefficacia del contratto, il giudice dispone il risarcimento per equivalente del danno subito e provato. Il giudice conosce anche delle azioni risarcitorie e di quelle di rivalsa proposte dalla stazione appaltante nei confronti dell'operatore economico che, con un comportamento illecito, ha concorso a determinare un esito della gara illegittimo.

2. La condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile.

3. Ai sensi dell'articolo 34, comma 4, il giudice individua i criteri di liquidazione del danno e assegna un termine entro il quale la parte danneggiante deve formulare una proposta risarcitoria. La mancata formulazione della proposta nel termine assegnato o la significativa differenza tra l'importo indicato nella proposta e quello liquidato nella sentenza resa sull'eventuale giudizio di ottemperanza costituiscono elementi valutativi ai fini della regolamentazione delle spese di lite in tale giudizio, fatto salvo quanto disposto dall'articolo 91, primo comma, del codice di procedura civile.».

L'art. 120 c.p.a. è stato aggiornato **sostituendo** i riferimenti al previgente codice con quelli del nuovo codice dei contratti pubblici; è stato inoltre aggiunto il **riferimento alle concessioni**.

L'art. 121 c.p.a. ha subito **correzioni meramente formali**, consistenti per lo più nell'espunzione dei richiami al codice previgente, sostituiti da rimandi alle norme del nuovo codice.

Quanto all'art. 124 c.p.a., la modifica di cui al **co. 1** prevede l'**estensione della cognizione del giudice amministrativo anche alle azioni risarcitorie e all'azione di rivalsa proposte dalla stazione**

appaltante nei confronti dell'operatore economico che, violando i doveri di buona fede e correttezza, abbia concorso a determinare un esito della gara illegittimo.

Come osservato dalla **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato**, *“l’innovazione punta a rafforzare la tutela risarcitoria sia del terzo pretermesso, lesa dall’aggiudicazione illegittima, il quale può agire direttamente, oltre che nei confronti della stazione appaltante, anche nei confronti dell’operatore economico che, contravvenendo ai doveri di buona fede, ha conseguito una aggiudicazione illegittima; sia della stessa stazione appaltante, che può agire in rivalsa nei confronti di quest’ultimo o dell’eventuale terzo concorrente che abbia concorso con la sua condotta scorretta a determinare un esito della gara illegittimo”*.

La nuova disposizione è ispirata a quanto stabilito dall'**Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2/2017**, in raccordo con l'art. 41 co. 2 c.p.a.: l'innovazione rimanda, inoltre, all'art. 5, co. 4 del codice. Il nuovo co. 3 dell'art. 124 c.p.a. adatta alle specificità del giudizio in materia di appalti il meccanismo di liquidazione del danno previsto dall'**art. 34, co. 4 c.p.a.**, al fine di incrementare la rapida definizione del tema risarcitorio.

TITOLO II

I RIMEDI ALTERNATIVI ALLA TUTELA GIURISDIZIONALE

Art. 210 – Accordo bonario per i lavori

1. Per i lavori pubblici di cui al Libro II, affidati da stazioni appaltanti o enti concedenti oppure dai concessionari, qualora in seguito all'iscrizione di riserve sui documenti contabili l'importo economico dell'opera possa variare tra il 5 per cento e il 15 per cento dell'importo contrattuale, al fine del raggiungimento di un accordo bonario si applicano le disposizioni di cui ai commi da 2 a 6.

2. Il procedimento dell'accordo bonario riguarda tutte le riserve iscritte fino al momento dell'avvio del procedimento stesso e può essere reiterato quando le riserve iscritte, ulteriori e diverse rispetto a quelle già esaminate, raggiungano nuovamente l'importo di cui al comma 1, nell'ambito comunque di un limite massimo complessivo del 15 per cento dell'importo del contratto. Le domande che fanno valere pretese già oggetto di riserva non sono proposte per importi maggiori rispetto a quelli quantificati nelle riserve stesse. Non sono oggetto di riserva gli aspetti progettuali che siano stati oggetto di verifica ai sensi dell'**articolo 42**. Prima dell'approvazione del certificato di collaudo oppure di verifica di conformità o del certificato di regolare esecuzione, qualunque sia l'importo delle riserve, il RUP attiva l'accordo bonario per la risoluzione delle riserve iscritte.

3. Il direttore dei lavori dà immediata comunicazione al RUP delle riserve di cui al comma 1, trasmettendo nel più breve tempo possibile una propria relazione riservata.

4. Il RUP valuta l'ammissibilità e la non manifesta infondatezza delle riserve ai fini dell'effettivo raggiungimento del limite di importo di cui al comma 1.
5. Entro quindici giorni dalla data di comunicazione di cui al comma 3, acquisita la relazione riservata del direttore dei lavori e, ove costituito, dell'organo di collaudo, il RUP può richiedere alla Camera arbitrale l'indicazione di una lista di cinque esperti aventi competenza specifica in relazione all'oggetto del contratto. Il RUP e il soggetto che ha formulato le riserve scelgono d'intesa, nell'ambito della lista, l'esperto incaricato della formulazione della proposta motivata di accordo bonario. In caso di mancata intesa tra il RUP e il soggetto che ha formulato le riserve, entro quindici giorni dalla trasmissione della lista l'esperto è nominato dalla Camera arbitrale che ne fissa anche il compenso, prendendo come riferimento i limiti stabiliti dall'allegato V.1. La proposta è formulata dall'esperto entro novanta giorni dalla nomina. Qualora il RUP non richieda la nomina dell'esperto, la proposta è formulata dal RUP entro novanta giorni dalla data di comunicazione di cui al comma 3.
6. L'esperto, qualora nominato, ovvero il RUP, verificano le riserve in contraddittorio con il soggetto che le ha formulate, effettuano eventuali ulteriori audizioni, istruiscono la questione anche con la raccolta di dati e informazioni e con l'acquisizione di eventuali altri pareri, e formulano, verificata la disponibilità di idonee risorse economiche, una proposta di accordo bonario, che è trasmessa al dirigente competente della stazione appaltante e al soggetto che ha formulato le riserve. Se la proposta è accettata dalle parti entro quarantacinque giorni dal suo ricevimento, l'accordo bonario è concluso ed è redatto verbale sottoscritto dalle parti. L'accordo ha natura di transazione. Sulla somma riconosciuta in sede di accordo bonario sono dovuti gli interessi al tasso legale a decorrere dal sessantesimo giorno successivo alla data di accettazione dell'accordo bonario da parte della stazione appaltante. In caso di rifiuto della proposta da parte del soggetto che ha formulato le riserve ovvero di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo, possono essere aditi gli arbitri o il giudice ordinario.

Il **co. 1** specifica che l'accordo bonario nell'ambito degli appalti per lavori può essere utilizzato qualora, in seguito all'iscrizione di **riserve**, l'importo economico dell'opera possa variare **tra il 5% ed il 15%** dell'importo contrattualmente previsto.

Il **co. 2** enuncia il **principio di onnicomprensività** dell'accordo bonario: esso riguarda tutte le riserve iscritte fino al momento dell'avvio del procedimento ed attrae a sé ulteriori e successive riserve, fermo restando, in ogni caso, il rispetto del limite massimo complessivo del 15% dell'importo del contratto di cui al co. 1.

Sono **esclusi** dall'accordo bonario gli aspetti progettuali già oggetto di verifica ex art. 42 del codice, imponendosi, poi, al responsabile unico del progetto di attivare l'accordo bonario prima dell'approvazione del certificato di collaudo ovvero di verifica di conformità o del certificato di regolare esecuzione ai fini della risoluzione delle eventuali riserve iscritte, a prescindere dal loro importo.

Il **co. 3** pone in capo al **direttore dei lavori** un obbligo di immediata comunicazione delle riserve al RUP, corredata da relazione riservata.

Il **co. 4** affida al **RUP** la preliminare valutazione circa l'ammissibilità e la non manifesta infondatezza delle riserve al fine di un calcolo effettivo e reale del raggiungimento del limite di importo di cui al co. 1.

Il **co. 5** prevede la facoltà di rimettere ad un **esperto** la formulazione della proposta motivata di accordo bonario, imponendo termini celeri e modalità trasparenti per la sua nomina.

Il **co. 6** codifica un **principio di completezza istruttoria e di necessaria copertura finanziaria**. Si precisa che l'accordo ha natura di **transazione**. Sulla somma riconosciuta sono dovuti gli interessi al tasso legale a decorrere dal sessantesimo giorno successivo alla data di accettazione da parte della stazione appaltante. In caso di rifiuto della proposta da parte del soggetto che ha formulato le riserve ovvero di inutile decorso del termine, possono essere aditi gli arbitri o il giudice ordinario.

Art. 211 – Accordo bonario per i servizi e le forniture

Le disposizioni dell'articolo 210 si applicano, in quanto compatibili, anche ai contratti di servizi e di fornitura continuativa o periodica di beni, quando insorgano controversie circa l'esatta esecuzione delle prestazioni dovute.

Si introduce una clausola di estensione, subordinata ad una valutazione di compatibilità, della disciplina di cui all'articolo 210 anche ai **contratti di fornitura di beni di natura continuativa o periodica** e ai **contratti di servizi**, nel caso in cui insorgano controversie in fase esecutiva circa l'esatta esecuzione delle prestazioni dovute.

Art. 212 – Transazione

1. Le controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture possono essere risolte mediante transazione nel rispetto del codice civile solo ed esclusivamente nell'ipotesi in cui non risulti possibile esperire altri rimedi alternativi all'azione giurisdizionale.

2. Ove il valore dell'importo oggetto di concessione o rinuncia sia superiore a 100.000 euro, ovvero a 200.000 euro in caso di lavori pubblici, è acquisito, qualora si tratti di amministrazioni centrali, il parere dell'Avvocatura dello Stato oppure, qualora si tratti di amministrazioni sub centrali, di un legale interno alla struttura o, in mancanza di legale interno, del funzionario più elevato in grado competente per il contenzioso.

3. La proposta di transazione può essere formulata sia dal soggetto aggiudicatario che dal dirigente competente, sentito il RUP.

4. La transazione ha forma scritta a pena di nullità.

Il **co. 1** enuncia un **criterio di residualità e sussidiarietà della transazione**, impiegabile solo nel caso in cui non risulti possibile esperire altri rimedi alternativi all'azione giurisdizionale.

La transazione, inoltre, è ammissibile durante la fase esecutiva di tutti i contratti pubblici, ferma la disciplina del codice civile.

Il **co. 2** disciplina la **fase consultiva** per le transazioni inerenti ai contratti pubblici superiori a determinate soglie (100.000 euro in generale o 200.000 euro in caso di lavori pubblici).

Il **co. 3** prevede che, stante il principio di tendenziale parità delle posizioni negoziali delle parti nella fase esecutiva, l'*iter* transattivo può essere avviato tramite una **proposta**, tanto **del dirigente della stazione appaltante** (sentito il RUP), quanto **del soggetto aggiudicatario**.

Il **co. 4** richiede, a pena di nullità, la **forma scritta ad substantiam**.

Art. 213 – Arbitrato

1. *Le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario di cui agli articoli 210 e 211, possono essere deferite ad arbitri. L'arbitrato si applica anche alle controversie relative a contratti in cui sia parte una società a partecipazione pubblica oppure una società controllata o collegata a una società a partecipazione pubblica, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, o che comunque abbiano a oggetto opere o forniture finanziate con risorse a carico dei bilanci pubblici.*

2. *La stazione appaltante o l'ente concedente può direttamente indicare nel bando o nell'avviso con cui indice la gara oppure, per le procedure senza bando, nell'invito, se il contratto conterrà o meno la clausola compromissoria. In questi casi, l'aggiudicatario può rifiutare la clausola compromissoria entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione. In tal caso la clausola compromissoria non è inserita nel contratto. È nella facoltà delle parti di compromettere la lite in arbitrato nel corso dell'esecuzione del contratto.*

3. *È nulla la clausola compromissoria inserita senza autorizzazione nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito. La clausola è inserita previa autorizzazione motivata dell'organo di governo della amministrazione aggiudicatrice.*

4. *Il collegio arbitrale è composto da tre membri ed è nominato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture di cui all'articolo 214. Ciascuna delle parti, nella domanda di arbitrato o nell'atto di resistenza alla domanda, designa l'arbitro di propria competenza. Il Presidente del collegio arbitrale è designato dalla Camera arbitrale tra i soggetti iscritti all'Albo di cui al comma 2 dell'articolo 214. Il Presidente e gli arbitri sono scelti tra soggetti di provata indipendenza ed esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce.*

5. *La nomina degli arbitri per la risoluzione delle controversie nelle quali è parte una pubblica amministrazione avviene nel rispetto dei principi di pubblicità e di rotazione, oltre che delle disposizioni del codice.*

6. *Fermo restando quanto previsto dall'articolo 815 del codice di procedura civile, non possono essere nominati arbitri:*

- a) i magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari in servizio, i magistrati e i giudici tributari in servizio nonché gli avvocati e procuratori dello Stato in servizio;
- b) coloro che nell'ultimo anno hanno esercitato le funzioni di arbitro di parte, o nell'ultimo biennio quelle di difensore in giudizi arbitrali disciplinati dal presente articolo, salvo che l'esercizio della difesa costituisca adempimento di dovere d'ufficio del dipendente pubblico;
- c) coloro che, prima del collocamento a riposo, hanno trattato ricorsi in sede civile, penale, amministrativa, contabile, militare e tributaria proposti dal soggetto che ha richiesto l'arbitrato;
- d) coloro che hanno espresso parere, a qualunque titolo, nelle materie oggetto dell'arbitrato;
- e) coloro che hanno predisposto il progetto o il capitolato di gara o resi i relativi pareri;
- f) coloro che hanno diretto, sorvegliato o collaudato i lavori, i servizi o le forniture a cui si riferiscono le controversie;
- g) coloro che hanno partecipato a qualunque titolo alla procedura per la quale è in corso l'arbitrato.

7. La nomina del collegio arbitrale effettuata in violazione delle disposizioni di cui ai commi 4, 5 e 6 determina la nullità del lodo.

8. Per la nomina del collegio arbitrale, la domanda di arbitrato, l'atto di resistenza ed eventuali controdeduzioni sono trasmessi alla Camera arbitrale. Sono altresì trasmesse le designazioni di parte. Contestualmente alla nomina del Presidente, la Camera arbitrale comunica alle parti la misura e le modalità del deposito da effettuarsi in acconto del corrispettivo arbitrale. Il Presidente del collegio arbitrale nomina, se necessario, il segretario, anche scegliendolo tra il personale interno all'ANAC.

9. Le parti determinano la sede del collegio arbitrale; in mancanza di indicazione della sede del collegio arbitrale ovvero di accordo fra le parti, questa deve intendersi stabilita presso la sede della Camera arbitrale.

10. Ai giudizi arbitrali si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, salvo quanto disposto dal presente codice. In particolare, sono ammissibili tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, con esclusione del giuramento in tutte le sue forme.

11. I termini che gli arbitri hanno fissato alle parti per le loro allegazioni e istanze istruttorie sono considerati perentori solo se vi sia una previsione in tal senso nella convenzione di arbitrato o in un atto scritto separato o nel regolamento processuale che gli arbitri stessi si sono dati.

12. Il lodo si ha per pronunciato con l'ultima sottoscrizione e diviene efficace con il suo deposito presso la Camera arbitrale. Entro quindici giorni dalla pronuncia del lodo è corrisposta, a cura degli arbitri e a carico delle parti, una somma pari all'uno per mille del valore della relativa controversia. Detto importo è direttamente versato all'ANAC.

13. Il deposito del lodo presso la Camera arbitrale precede quello da effettuarsi presso la cancelleria del tribunale ai sensi e per gli effetti dell'articolo 825 del codice di procedura civile. Il deposito del lodo presso la Camera arbitrale è effettuato, a cura del collegio arbitrale, in tanti originali quante sono le parti, oltre a uno per il fascicolo d'ufficio, oppure con modalità informatiche e telematiche determinate dall'ANAC. Su richiesta di parte il rispettivo originale è restituito, con attestazione dell'avvenuto deposito, ai fini degli adempimenti di cui all'articolo 825 del codice di procedura civile.

14. Il lodo è impugnabile, oltre che per motivi di nullità, anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia. L'impugnazione è proposta nel termine di novanta giorni dalla notificazione del lodo e non è più proponibile dopo il decorso di centottanta giorni dalla data del deposito del lodo presso la Camera arbitrale.

15. Su istanza di parte la Corte d'appello può sospendere, con ordinanza, l'efficacia del lodo, se ricorrono gravi e fondati motivi. Si applica l'articolo 351 del codice di procedura civile. Quando sospende l'efficacia del lodo, o ne conferma la sospensione disposta dal Presidente, il collegio verifica se il giudizio è in condizione di essere definito. In tal caso, fatte precisare le conclusioni, ordina la discussione orale nella stessa udienza o camera di consiglio, ovvero in una udienza da tenersi entro novanta giorni dall'ordinanza di sospensione; all'udienza pronunzia sentenza a norma dell'articolo 281-sexies del codice di procedura civile. Se ritiene indispensabili incombenti istruttori, il collegio provvede su di essi con la stessa ordinanza di sospensione e ne ordina l'assunzione in una udienza successiva di non oltre novanta giorni; quindi provvede ai sensi dei periodi precedenti. La disciplina relativa ai compensi degli arbitri è disposta dall'allegato V.1. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato V.1 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Consiglio arbitrale di cui al comma 4 dell'articolo 214, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

Il **co. 1** delinea l'ambito applicativo dell'arbitrato: come osservato dalla **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato**, "è previsto, infatti, che siano deferibili ad arbitri le sole **controversie inerenti ai diritti soggettivi** (e, pertanto, non quelle attinenti a interessi legittimi) e derivanti dall'esecuzione di tutte le tipologie di contratti pubblici (relativi a lavori, servizi e forniture), sottraendo, per tal via, al meccanismo arbitrale l'area della procedura ad evidenza pubblica; la possibilità di arbitrato, d'altra parte, è estesa espressamente, nei medesimi ambiti prima descritti, al fine di garantire una massima fruibilità dell'istituto nella fase esecutiva, anche a contratti in cui sia parte una società a partecipazione pubblica oppure una società controllata o collegata a una società a partecipazione pubblica, ai sensi dell'art. 2359 del codice civile, ovvero che, ad ogni modo, siano relativi a opere o forniture finanziate con risorse a carico dei bilanci pubblici".

Il **co. 2** disciplina la facoltà di indicare previamente nel bando, nell'avviso o nell'invito se il contratto conterrà o non conterrà la **clausola compromissoria**. In questi casi, l'aggiudicatario può rifiutare la clausola compromissoria entro 20 giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione, nel qual caso la clausola compromissoria non è inserita nel contratto.

Il **co. 3** prevede la **nullità della clausola compromissoria** inserita nel bando, nell'avviso o nell'invito senza la necessaria, previa e motivata autorizzazione dell'organo di governo della amministrazione aggiudicatrice.

I **co. 4-5-6** disciplinano la **procedura di nomina degli arbitri** e le ipotesi di **incompatibilità**.

Il **co. 7** sanziona con la **nullità del lodo** la nomina del collegio arbitrale effettuata in violazione di siffatte disposizioni.

Il **co. 8** enfatizza, per quanto attiene alla fase di scelta del collegio arbitrale, il **ruolo della Camera arbitrale**, presso cui devono confluire tutti i relativi atti.

Il **co. 9** codifica il principio di libertà delle parti nella scelta della **sede del collegio arbitrale**.

Il **co. 10** sottopone l'arbitrato, per quanto non disciplinato dal codice dei contratti pubblici, alle **disposizioni del codice di procedura civile**, affermando espressamente l'ammissibilità di tutti i mezzi di prova ivi previsti, con esclusione del giuramento in tutte le sue forme.

Il **co. 11** prevede la **perentorietà dei termini** che gli arbitri abbiano fissato alle parti per le loro allegazioni e istanze istruttorie soltanto nei casi in cui vi sia una previsione in tal senso nella convenzione di arbitrato, in un atto scritto separato o nel regolamento processuale che gli arbitri si sono dati.

I **co. 12-13** disciplinano la **sottoscrizione, il deposito, l'efficacia del lodo e il versamento di una somma** a carico delle parti e a cura degli arbitri all'ANAC, sancendo che il deposito del lodo presso la Camera arbitrale deve precedere il deposito presso la cancelleria del tribunale di cui all'art. 825 c.p.c..

Il **co. 14** ammette un'**ampia impugnabilità del lodo** tanto per motivi di nullità, quanto per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia; la facoltà d'impugnazione è sottoposta a **due termini decadenziali**: un possibile termine breve di 90 giorni decorrente dall'eventuale notificazione del lodo ed un ineludibile termine lungo di 180 decorrente dal deposito del lodo presso la Camera arbitrale.

Il **co. 15** regola l'impugnazione dinanzi alla Corte d'appello, rinviando all'**Allegato V.1** la disciplina dei compensi arbitrali.

Art. 214 – Camera arbitrale, albo degli arbitri ed elenco dei segretari

- 1. Presso l'ANAC è istituita la Camera arbitrale per i contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture.*
- 2. La Camera arbitrale cura la formazione e la tenuta dell'Albo degli arbitri per i contratti pubblici, redige il relativo codice deontologico e provvede agli adempimenti necessari alla costituzione e al funzionamento del collegio arbitrale.*
- 3. Sono organi della Camera arbitrale il Presidente e il consiglio arbitrale.*
- 4. Il consiglio arbitrale, composto da cinque membri, è nominato dall'ANAC fra soggetti dotati di particolare competenza nella materia dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, per garantire l'indipendenza e l'autonomia dell'istituto, nonché dotati dei requisiti di onorabilità stabiliti dalla medesima Autorità. Al suo interno, l'ANAC sceglie il Presidente. L'incarico ha durata quinquennale ed è retribuito nella misura determinata dal provvedimento di nomina nei limiti delle risorse attribuite all'Autorità stessa. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, come modificato dall'articolo 1, comma 42, lettera l), della legge 6 novembre 2012, n. 190, durante il periodo di appartenenza, e nei successivi tre anni, i soggetti iscritti all'Albo non possono espletare incarichi professionali in favore delle parti dei giudizi arbitrali da essi decisi, ivi compreso l'incarico di arbitro di parte.*
- 5. Per l'espletamento delle sue funzioni la Camera arbitrale si avvale di una struttura di segreteria con personale fornito dall'ANAC.*

6. La Camera arbitrale cura annualmente la rilevazione dei dati emergenti dal contenzioso in materia di contratti pubblici e li trasmette all'Autorità e alla Cabina di regia di cui all'articolo 221.
7. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 1, comma 18, della legge 6 novembre 2012, n. 190, possono essere iscritti all'Albo degli arbitri della Camera arbitrale i soggetti appartenenti alle seguenti categorie:
- a) magistrati ordinari, amministrativi, contabili, militari, magistrati e giudici tributari a riposo;
 - b) avvocati iscritti agli albi ordinari e speciali abilitati al patrocinio davanti alle magistrature superiori e in possesso dei requisiti per la nomina a consigliere di Cassazione;
 - c) tecnici in possesso del diploma di laurea in ingegneria e architettura abilitati all'esercizio della professione da almeno dieci anni e iscritti ai relativi albi;
 - d) professori universitari, anche in quiescenza, nelle materie giuridiche e tecniche e dirigenti delle pubbliche amministrazioni, con provata esperienza nella materia dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.
8. Sul sito dell'ANAC sono pubblicati l'elenco degli arbitrati in corso e definiti, i dati relativi alle vicende dei medesimi, i nominativi e i compensi degli arbitri e dei periti.
9. L'iscrizione all'Albo degli arbitri e all'elenco dei periti ha validità triennale e può essere nuovamente ottenuta decorsi due anni dalla scadenza del triennio. Sono fatti salvi i casi di ricsuzione di cui all'articolo 815 del codice di procedura civile. L'ulteriore disciplina relativa all'Albo degli arbitri, all'elenco dei periti e all'elenco dei segretari è disposta dall'allegato V.1.

I **co. 1-2-3-4-5-6** disciplinano la **Camera arbitrale** istituita presso l'ANAC.

Il **co. 7** disciplina l'**iscrizione all'albo degli arbitri** della Camera arbitrale.

Il **co. 8** attua il **principio di trasparenza**, statuendo la pubblicazione, sul sito internet dell'ANAC, dell'elenco degli arbitrati in corso e definiti, dei loro dati, dei nominativi e dei compensi degli arbitri e dei periti.

Il **co. 9** rimette all'**Allegato V.1** la disciplina di dettaglio inerente l'albo degli arbitri, l'elenco dei periti e l'elenco dei segretari.

Art. 215 – Collegio consultivo tecnico

1. Per prevenire le controversie o consentire la rapida risoluzione delle stesse o delle dispute tecniche di ogni natura che possano insorgere nell'esecuzione dei contratti, ciascuna parte può chiedere la costituzione di un collegio consultivo tecnico, formato secondo le modalità di cui all'allegato V.2. Per i lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea e di forniture e servizi di importo pari o superiore a 1 milione di euro, la costituzione del collegio è obbligatoria. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato V.2 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.
2. Il collegio consultivo tecnico esprime pareri o, in assenza di una espressa volontà contraria, adotta determinazioni aventi natura di lodo contrattuale ai sensi dell'articolo 808-ter del codice di procedura civile.

Se la pronuncia assume valore di lodo contrattuale, l'attività di mediazione e conciliazione è comunque finalizzata alla scelta della migliore soluzione per la celere esecuzione dell'opera a regola d'arte.

3. *L'inosservanza dei pareri o delle determinazioni del collegio consultivo tecnico è valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali. L'osservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico è causa di esclusione della responsabilità per danno erariale, salva l'ipotesi di condotta dolosa.*

L'istituto, temporaneamente introdotto dagli **artt. 4-5 D.L. 16 luglio 2020, n. 76**, è confermato quale rimedio generale per dirimere i possibili contenziosi tra committente e appaltatore.

Si mette a regime la normativa di cui sopra, come integrata dalle linee guida predisposte dal Consiglio superiore dei lavori pubblici e approvate con **decreto del Ministero delle infrastrutture e mobilità sostenibili del 17 gennaio 2022**.

Come sottolineato dalla **Relazione Illustrativa del Consiglio di Stato** *“rimane in facoltà delle parti decidere se limitare il Collegio consultivo tecnico ad una funzione soltanto consultiva o attribuire alle sue decisioni valore di determinazione direttamente costitutiva di diritti e obblighi in capo alle parti. In ogni caso, l'inosservanza delle pronunce (pareri o determinazioni) del Collegio consultivo tecnico è valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali; l'osservanza delle determinazioni del CCT, invece, è causa di esclusione della responsabilità del soggetto agente per danno erariale, salvo il dolo”*.

Ne è obbligatoria la costituzione per i **lavori** diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo **pari o superiore alle soglie** di rilevanza europea.

Viene estesa l'obbligatorietà anche ai **servizi e alle forniture di importo pari o superiore a 1 milione** di euro.

Si demanda all'**Allegato V.2** la disciplina di dettaglio sulle **modalità di costituzione** del Collegio.

Art. 216 – Pareri obbligatori

1. *L'acquisizione del parere del collegio consultivo tecnico è obbligatoria nei casi di sospensione, volontaria o coattiva, dell'esecuzione di lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea di cui all'articolo 14, nonché nei casi dei contratti relativi a servizi e forniture di cui all'articolo 121, comma 11, secondo periodo.*

2. *Se, per qualsiasi motivo, i lavori non possono procedere con il soggetto designato, prima di risolvere il contratto la stazione appaltante acquisisce il parere del collegio consultivo tecnico, anche in ordine alla possibilità che gravi motivi tecnici ed economici rendano preferibile la prosecuzione con il medesimo soggetto.*

3. *Nel parere il collegio consultivo tecnico valuta anche la possibilità di decidere:*

a) se procedere all'esecuzione in via diretta dei lavori, anche avvalendosi, nei casi consentiti dalla legge, previa convenzione, di altri enti o società pubbliche nell'ambito del quadro economico dell'opera;

b) se interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato alla originaria procedura di gara come risultanti dalla relativa graduatoria, per stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori, se tecnicamente ed economicamente possibile e alle condizioni proposte dall'operatore economico interpellato;

c) se indire una nuova procedura per l'affidamento del completamento dell'opera;

d) se proporre alle autorità governative la nomina di un commissario straordinario per lo svolgimento delle attività necessarie al completamento dell'opera ai sensi dell'articolo 4 del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55.

4. Quando la sospensione è imposta da gravi ragioni di ordine tecnico, idonee a incidere sulla realizzazione a regola d'arte dell'opera, in relazione alle modalità di superamento delle quali non vi è accordo tra le parti, entro quindici giorni dalla comunicazione della sospensione dei lavori oppure della causa che potrebbe determinarla, il collegio consultivo tecnico accerta l'esistenza di una causa tecnica di legittima sospensione dei lavori e indica le modalità, tra quelle di cui ai commi 2 e 3, con cui proseguire i lavori e le eventuali modifiche necessarie da apportare per la realizzazione dell'opera a regola d'arte. In tal caso la pronuncia assume l'efficacia di lodo contrattuale solo se tale possibilità non sia stata espressamente esclusa ai sensi di quanto disposto dall'articolo 217.

Si veda commento *sub* art. 215.

Art. 217 – Determinazioni

1. Quando l'acquisizione del parere non è obbligatoria, le determinazioni del collegio consultivo tecnico assumono natura di lodo contrattuale ai sensi dell'articolo 808-ter del codice di procedura civile se le parti, successivamente alla nomina del Presidente e non oltre il momento dell'insediamento del collegio, non abbiano diversamente disposto. La possibilità che la pronuncia del collegio consultivo tecnico assuma natura di lodo contrattuale è esclusa nei casi in cui è richiesto il parere sulla sospensione coattiva e sulle modalità di prosecuzione dei lavori. Il parere obbligatorio può essere sostituito dalla determinazione avente natura di lodo contrattuale nell'ipotesi di sospensione imposta da gravi ragioni di ordine tecnico ai sensi del comma 4 dell'articolo 216.

2. Se le parti, ai sensi di quanto disposto dal comma 1, escludono che la pronuncia possa valere come lodo contrattuale, il parere, anche se facoltativo, produce comunque gli effetti di cui al comma 3 dell'articolo 215.

3. Le determinazioni aventi natura di lodo contrattuale sono impugnabili nei casi e nei modi indicati dall'articolo 808-ter, secondo comma, del codice di procedura civile.

Si veda commento *sub* art. 215.

Art. 218 – Costituzione facoltativa del collegio consultivo tecnico

Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, tramite il RUP, possono costituire, secondo le modalità di cui all'allegato V.2, un collegio consultivo tecnico, formato da tre componenti, per risolvere problemi tecnici o giuridici di ogni natura suscettibili di insorgere anche nella fase antecedente alla esecuzione del contratto, ivi comprese le determinazioni delle caratteristiche delle opere e le altre clausole e condizioni del bando o dell'invito, nonché la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione e dei criteri di selezione e di aggiudicazione.

Si veda commento *sub* [art. 215](#).

Art. 219 – Scioglimento del collegio consultivo tecnico

Il collegio consultivo tecnico è sciolto al termine dell'esecuzione del contratto oppure, nelle ipotesi in cui non ne è obbligatoria la costituzione, anche in un momento anteriore su accordo delle parti.

Si veda commento *sub* [art. 215](#).

Art. 220 – Pareri di precontenzioso e legittimazione ad agire dell'ANAC

1. Su iniziativa della stazione appaltante, dell'ente concedente o di una o più delle altre parti, l'ANAC esprime parere, previo contraddittorio, su questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. L'operatore economico che abbia richiesto il parere o vi abbia aderito lo può impugnare esclusivamente per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia. La stazione appaltante o l'ente concedente che non intenda conformarsi al parere comunica, con provvedimento da adottare entro quindici giorni, le relative motivazioni alle parti interessate e all'ANAC, che può proporre il ricorso di cui al comma 3.

2. L'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

3. Se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del codice l'ANAC emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Con il regolamento di cui al comma 4, l'Autorità individua un termine massimo, che decorre dall'adozione o dalla pubblicazione dell'atto contenente la violazione, entro il quale il parere può essere emesso. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante. Se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a trenta giorni dalla trasmissione, l'Autorità può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo, ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

4. L'ANAC, con proprio regolamento, può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti, anche relativi alla fase esecutiva, con riferimento ai quali esercita i poteri di cui ai commi precedenti.

Si riscrive l'istituto del parere di precontenzioso dell'ANAC, già previsto dall'**art. 211 D.Lgs. 50/2016**, sebbene con alcune significative innovazioni.

Si persegue l'obiettivo di rafforzare l'istituto, così attuando il criterio direttivo *ex art. 1, co. 2, lett. II)* della legge delega 78/2022, che assegna al legislatore delegato il compito di provvedere all'estensione e rafforzamento dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto.

Il **co. 1** prevede che il parere di precontenzioso è espresso su **richiesta** della stazione appaltante, dell'ente concedente o di una o più delle altre parti.

Si **elimina** l'inciso che rendeva il parere vincolante per le parti che avessero preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito e si consente al solo operatore economico che abbia richiesto il parere e vi abbia aderito di impugnarlo *"esclusivamente per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia"*: ciò applicando estensivamente l'art. 21-octies, co. 2 L. 241/1990.

È **abrogata** la disposizione che imponeva al giudice, in caso di rigetto del ricorso avverso il parere, di valutare il comportamento della parte ricorrente *ex art. 26 c.p.a.*.

Si prevede l'**obbligo** (per la stazione appaltante o l'ente concedente che non intendano conformarsi al parere) di comunicare **entro 15 giorni** le relative motivazioni alle parti interessate e all'ANAC, che può proporre ricorso contro tale determinazione negativa.

I **co. 2-3-4** si rifanno all'**art. 211, co. 1-bis, 1-ter e 1-quater D.Lgs. 50/2016**.

Con **Delibera n. 268 del 20 giugno 2023** l'ANAC ha adottato il *"Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 220, commi 2, 3 e 4 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (Legittimazione straordinaria)"*, che abroga il previgente regolamento adottato con Delibera n. 572 del 13 giugno 2018, le cui disposizioni continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti relativi alle procedure di affidamento disciplinate dal D.Lgs. 50/2016.

Il **co. 3** ripropone il potere dell'ANAC di esprimere un parere motivato quando ravvisi che la stazione appaltante ha adottato un provvedimento affetto da gravi violazioni del codice, specificando nel parere i vizi di legittimità riscontrati.

Una **prima novità** è costituita dalla previsione di un potere in capo all'Autorità di stabilire con proprio regolamento il **termine massimo**, comunque decorrente dall'adozione o pubblicazione dell'atto che contiene la violazione, per emettere il parere.

Una **seconda novità** riguarda il termine, assegnato alla stazione appaltante, per conformarsi al parere, che è **dimezzato** rispetto a quello previsto dall'art. 211 D.Lgs. 50/2016 (**non più 60 ma 30 giorni**), secondo una logica di velocizzazione dei tempi del procedimento.

Con **Delibera n. 267 del 20 giugno 2023** l'ANAC ha approvato il "Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui all'art. 220, commi 1 e 4 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36", che abroga il previgente regolamento adottato con Delibera n. 10 del 9 gennaio 2019, le cui disposizioni continuano ad applicarsi esclusivamente alle istanze di precontenzioso relative alle procedure di affidamento disciplinate dal D.Lgs. 50/2016.

PARTE II

DELLA GOVERNANCE

Art. 221 – Indirizzo, coordinamento e monitoraggio presso la Cabina di regia. Governance dei servizi

- 1. La Cabina di regia per il codice dei contratti pubblici è istituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri. La sua composizione e le modalità di funzionamento sono disciplinate dall'allegato V.3. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato V.3 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita l'ANAC e la Conferenza unificata, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.*
- 2. La Cabina di regia è la sede istituzionale per il coordinamento nell'attuazione del codice, per l'analisi delle proposte di modifica legislativa e regolamentare, per l'indirizzo delle stazioni appaltanti, per la condivisione delle informazioni e per la diffusione della conoscenza delle migliori e delle peggiori pratiche.*
- 3. Ciascuna amministrazione coinvolta nell'applicazione del codice trae dall'azione della Cabina di regia indicazioni e spunti per la propria attività. A tal fine, per i primi due semestri a decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia, la Cabina di regia istituisce uno "sportello unico di supporto tecnico" (help desk) dedicato presso la sua segreteria, in collaborazione con le strutture del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e dell'ANAC, anche condividendo i relativi dati e le relative informazioni. L'help desk effettua un'attività di monitoraggio dell'attuazione delle misure contenute nel codice, sostenendone l'attuazione e individuandone eventuali criticità. Entro il settimo e il tredicesimo mese a decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia la Cabina di regia presenta al Governo una relazione sulle attività dell'help desk, suggerendo se del caso interventi correttivi sul piano normativo e amministrativo e raccomandando le migliori pratiche organizzative e attuative.*
- 4. La Cabina di regia ha tra l'altro il compito di:*

- a) effettuare una ricognizione sullo stato di attuazione del codice e sulle difficoltà riscontrate dalle stazioni appaltanti nella fase di applicazione, anche al fine di proporre eventuali soluzioni correttive e di miglioramento;
- b) curare, se del caso con apposito piano di azione, la fase di attuazione del presente codice coordinando l'adozione, da parte dei soggetti competenti, di regolamenti attuativi e atti di indirizzo, nonché il loro ulteriore riordino in allegato al codice, anche al fine di assicurarne la tempestività e la coerenza reciproca;
- c) esaminare le proposte di modifiche normative nella materia disciplinata dal codice per valutarne l'impatto sulla legislazione vigente e garantire omogeneità e certezza giuridica, supportando la competente struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri nel coordinamento dei vari interventi regolatori nel settore e contribuendo all'effettuazione delle analisi e verifiche di impatto dei relativi provvedimenti;
- d) sovrintendere alla digitalizzazione del sistema dei contratti pubblici, fermo restando l'esercizio delle funzioni, da parte dell'ANAC, di cui all'articolo 23;
- e) promuovere accordi, protocolli di intesa, convenzioni, anche con associazioni private per agevolare la bancabilità delle opere pubbliche;
- f) in relazione al partenariato pubblico privato, in coordinamento con il Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica, promuovere la conoscenza delle nuove procedure e agevolarne l'utilizzo tra i potenziali partecipanti, ivi comprese imprese, banche e altre società finanziarie; favorire il coordinamento e lo scambio di informazioni tra le parti; individuare e divulgare le soluzioni più appropriate a eventuali problemi applicativi e promuovere la raccolta e la diffusione dei dati che confluiscono nella banca dati sul partenariato pubblico privato ai sensi dell'articolo 175, comma 7.
5. La Cabina di regia segnala, sulla base delle informazioni ricevute, eventuali specifiche violazioni o problemi sistemici all'ANAC per gli interventi di competenza.
6. Ogni anno la Cabina di regia, anche avvalendosi dell'ANAC, presenta alla Commissione una relazione di controllo contenente, se del caso, informazioni sulle cause più frequenti di non corretta applicazione o di incertezza giuridica, compresi possibili problemi strutturali o ricorrenti nell'applicazione delle norme, sul livello di partecipazione delle microimprese e delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici e sulla prevenzione, l'accertamento e l'adeguata segnalazione di casi di frode, corruzione, conflitto di interessi e altre irregolarità gravi in materia di appalti e di concessioni.
7. La Cabina di regia è la struttura nazionale di riferimento per la cooperazione con la Commissione europea per l'applicazione della normativa in materia di appalti pubblici e di concessioni e per l'adempimento degli obblighi di assistenza e cooperazione reciproca tra gli Stati membri, onde assicurare lo scambio di informazioni sull'applicazione delle norme contenute nel presente codice e sulla gestione delle relative procedure.
8. Il CIPRESS elabora specifiche politiche in materia di servizi e forniture, predisponendo un piano nazionale dei servizi strategici per il Paese, ad alto contenuto di innovazione e di investimento in tecnologia, anche attraverso consultazioni periodiche degli operatori economici.
9. Il piano nazionale dei servizi deve indicare anche le modalità di attuazione delle previsioni ivi contenute, e include l'attuazione di progetti specifici, anche attraverso affidamento degli stessi a centrali di committenza.

La disposizione si discosta dalla previgente normativa (**art. 212 D.Lgs. 50/2016**).

Il **co. 1** richiama l'**Allegato V.3**, volto a disciplinare la composizione e le modalità di funzionamento della Cabina di regia.

Il **co. 2** mantiene l'impostazione previgente, che incardina la *policy* nazionale in materia di contratti pubblici su tre pilastri istituzionali: **Ministero delle infrastrutture e dei trasporti**, **ANAC** e **Cabina di Regia presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri**: in base al **co. 7**, a quest'ultima compete il ruolo di **struttura nazionale di riferimento** per la cooperazione con la Commissione europea, per quanto riguarda l'applicazione della normativa settoriale e l'adempimento degli obblighi di assistenza e di cooperazione reciproca tra gli Stati membri.

La Cabina di Regia svolge altresì (**co. 4, lett. d**), il compito di sovrintendere alla digitalizzazione del sistema dei contratti pubblici, ferme le funzioni dell'ANAC.

Il **co. 3** prevede l'istituzione da parte della Cabina di Regia, per i primi due semestri dalla data di acquisto dell'efficacia del codice, di una struttura denominata "*sportello unico di supporto tecnico*" (**cd. help desk**) deputata ad effettuare un'attività di monitoraggio dell'attuazione delle misure contenute nel codice, sostenendone l'attuazione e individuandone eventuali criticità.

Il **co. 4**, oltre al ruolo affidato alla Cabina di Regia alla **lett. d**), affida ad essa alla **lett. b**) il compito di curare la **fase di attuazione del codice** e di coordinare l'adozione, da parte dei soggetti competenti, **dei regolamenti attuativi e degli atti di indirizzo**, nonché il loro riordino in allegato al codice, anche per garantirne tempestività e coerenza reciproca.

La **lett. c**), oltre all'esame delle proposte di modifiche normative nella materia disciplinata dal codice, impone alla struttura di contribuire all'effettuazione delle analisi e verifiche di impatto dei provvedimenti adottati.

I **co. 8-9** sono dedicati alla *governance* dei servizi, disciplinando le funzioni del **CIPESS** in materia di predisposizione del piano nazionale dei servizi strategici del Paese e i contenuti del piano stesso.

Art. 222 – Autorità nazionale anticorruzione (ANAC)

1. *La vigilanza e il controllo sui contratti pubblici sono attribuiti, nei limiti di quanto stabilito dal codice, all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), che agisce anche al fine di prevenire e contrastare illegalità e corruzione.*

2. *L'ANAC, attraverso bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo e altri atti amministrativi generali, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche. Trasmette alle Camere, immediatamente dopo la loro adozione, gli atti di cui al primo periodo ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto, per numero di operatori potenzialmente coinvolti, riconducibilità a fattispecie criminose, situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti. Resta ferma l'impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa. L'ANAC, per l'adozione dei bandi-tipo, dei capitolati-tipo, dei contratti-tipo e degli atti amministrativi generali, si dota, nei modi previsti dal proprio*

ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive europee e dal codice. I bandi-tipo, i capitolati-tipo e i contratti-tipo sono, altresì, pubblicati sul sito istituzionale dell'ANAC e dallo stesso scaricabili con modalità tale da garantirne l'autenticità.

3. Nell'ambito dei poteri ad essa attribuiti, l'ANAC:

- a) vigila sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali e sui contratti secretati o che esigono particolari misure di sicurezza, nonché sui contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice; nell'ambito dell'attività di vigilanza nei settori di cui alle lettere b), f), l), m) e in tutti gli altri casi previsti dal codice può irrogare per le violazioni accertate, nel rispetto dei principi di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689 e secondo il proprio regolamento, sanzioni amministrative pecuniarie entro il limite minimo di euro 500 e il limite massimo di euro 5.000. La sottoposizione a sanzioni pecuniarie e l'eventuale recidiva sono valutate ai fini della qualificazione delle stazioni appaltanti ai sensi dell'articolo 63;
- b) vigila sulla corretta esecuzione dei contratti pubblici;
- c) segnala al Governo e al Parlamento, con apposito atto, fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore;
- d) formula al Governo proposte in ordine a modifiche occorrenti in relazione alla normativa vigente di settore;
- e) predisponde e invia al Governo e al Parlamento la relazione annuale sull'attività svolta, prevista dall'articolo 1, comma 2, della legge 6 novembre 2012, n. 190, evidenziando le disfunzioni riscontrate nell'esercizio delle proprie funzioni;
- f) vigila sul sistema di qualificazione degli esecutori dei contratti pubblici di lavori ed esercita i correlati poteri sanzionatori;
- g) vigila sul divieto di affidamento dei contratti attraverso procedure diverse rispetto a quelle ordinarie e opera un controllo sulla corretta applicazione della specifica disciplina derogatoria prevista per i casi di somma urgenza e di protezione civile di cui all'articolo 140;
- h) per affidamenti di particolare interesse, svolge attività di vigilanza collaborativa attuata previa stipula di protocolli di intesa con le stazioni appaltanti richiedenti, finalizzata a sostenere le medesime nella predisposizione degli atti, nell'attività di gestione dell'intera procedura di gara e nella fase di esecuzione del contratto; il persistente mancato rispetto, da parte delle stazioni appaltanti firmatarie dei protocolli di intesa, delle indicazioni dell'ANAC, qualora non adeguatamente motivato, è valutato ai fini della qualificazione delle medesime stazioni appaltanti ai sensi dell'articolo 63;
- i) per favorire l'economicità dei contratti pubblici e la trasparenza delle condizioni di acquisto, elabora con appositi atti di indirizzo, fatte salve le normative di settore, costi standard dei lavori e prezzi di riferimento di beni e servizi, tra quelli di maggiore impatto in termini di costo a carico della pubblica amministrazione; si avvale a tal fine, sulla base di apposite convenzioni, del supporto dell'ISTAT e degli altri enti del Sistema statistico nazionale, secondo le condizioni di maggiore efficienza, ed eventualmente anche delle informazioni contenute nelle banche dati esistenti presso altre amministrazioni pubbliche e altri soggetti operanti nel settore dei contratti pubblici;
- l) esercita le funzioni di cui all'articolo 63 in relazione alla qualificazione delle stazioni appaltanti;

m) esercita le funzioni di cui all'articolo 23 e contribuisce al coordinamento della digitalizzazione del sistema dei contratti pubblici da parte della Cabina di regia.

4. L'ANAC gestisce il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza.

5. Nell'ambito dello svolgimento della propria attività, l'ANAC può disporre ispezioni, anche su richiesta motivata di chiunque ne abbia interesse, avvalendosi eventualmente della collaborazione di altri organi dello Stato nonché dell'ausilio del Corpo della Guardia di finanza, che esegue le verifiche e gli accertamenti richiesti agendo con i poteri di indagine a esso attribuiti ai fini degli accertamenti relativi all'imposta sul valore aggiunto e alle imposte sui redditi.

6. Qualora accerti l'esistenza di irregolarità, l'ANAC trasmette gli atti e i propri rilievi agli organi di controllo e, se le irregolarità hanno rilevanza penale, alle competenti Procure della Repubblica. Qualora accerti che dalla esecuzione dei contratti pubblici derivi pregiudizio per il pubblico erario, gli atti e i rilievi sono trasmessi anche ai soggetti interessati e alla Procura generale della Corte dei conti.

7. L'ANAC collabora con l'Autorità garante della concorrenza e del mercato per la rilevazione di comportamenti aziendali meritevoli di valutazione al fine dell'attribuzione del rating di legalità delle imprese di cui all'articolo 5-ter del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27. Il rating di legalità concorre anche alla determinazione della reputazione dell'impresa di cui all'articolo 109.

8. Per le finalità di cui al comma 2, l'ANAC utilizza la Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 23.

9. Al fine di consentire l'adempimento degli obblighi di trasmissione previsti dagli articoli 23, comma 5, e 28, comma 1, la stazione appaltante o l'ente concedente invia senza indugio i dati, secondo le indicazioni fornite dall'ANAC con proprio provvedimento. L'inadempimento dell'obbligo è sanzionato ai sensi del comma 13. Per un periodo transitorio pari a un anno, decorrente dalla data in cui il codice acquista efficacia, il RUP non è soggetto alle sanzioni irrogabili per la violazione degli obblighi informativi previsti nei confronti della Banca nazionale dei contratti pubblici nell'ipotesi in cui, entro sessanta giorni dalla comunicazione all'amministrazione di appartenenza, adempia a tutti gli oneri informativi con contestuale autocertificazione, ai sensi degli articoli 46 e 47 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, relativa all'adempimento degli stessi.

10. È istituito presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici il casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Nel casellario sono annotate, secondo le modalità individuate dall'ANAC, con proprio provvedimento, le notizie, le informazioni e i dati relativi agli operatori economici con riferimento alle iscrizioni previste dall'articolo 94. L'ANAC, nel medesimo provvedimento, individua le ulteriori informazioni da iscrivere nel casellario, ivi comprese quelle rilevanti per l'attribuzione della reputazione dell'impresa di cui all'articolo 109, o per il conseguimento dell'attestazione di qualificazione di cui all'articolo 103, nonché la durata delle iscrizioni e la modalità di archiviazione delle stesse. Nel casellario l'ANAC iscrive direttamente i provvedimenti interdittivi adottati ai sensi dell'articolo 94, comma 5, lettere e) e f).

11. Presso l'ANAC opera la Camera arbitrale per i contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture di cui all'articolo 214.

12. Resta fermo quanto previsto dall'articolo 1, comma 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266.

13. Nel rispetto dei principi di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689, l'ANAC ha il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti dei soggetti che rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di

fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dalla stessa, e nei confronti degli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, entro il limite minimo di euro 500 e il limite massimo di euro 5.000. Nei confronti dei soggetti che, a fronte della richiesta di informazioni o di esibizione di documenti da parte dell'ANAC, forniscono informazioni o esibiscono documenti non veritieri o che forniscono alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti di qualificazione, l'ANAC ha il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie entro il limite minimo di euro 500 e il limite massimo di euro 10.000, fatta salva l'eventuale sanzione penale. Con propri atti l'ANAC disciplina i procedimenti sanzionatori di sua competenza.

14. Le somme derivanti dal pagamento delle sanzioni di cui al presente articolo restano nella disponibilità dell'ANAC nei limiti del 50 per cento e sono utilizzabili per le proprie attività istituzionali. Le restanti somme sono versate all'entrata del bilancio dello Stato. Le sanzioni sono pubblicate nel sito istituzionale dell'ANAC specificando l'importo e i destinatari.

15. Presso l'ANAC, nell'ambito dell'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti, è istituito l'elenco dei soggetti aggregatori.

16. Per garantire la consultazione immediata e suddivisa per materia degli strumenti di regolazione flessibile adottati dall'ANAC comunque denominati, l'ANAC pubblica i suddetti provvedimenti con modalità tali da rendere immediatamente accessibile alle stazioni appaltanti e agli operatori economici la disciplina applicabile a ciascun procedimento.

L'art. 222 dispone il riordino e la revisione delle competenze dell'Autorità nazionale anticorruzione, già elencate dall'**art. 213 D.Lgs. 50/2016**, in attuazione del criterio contenuto nell'art. 1, co. 2, lett. b), della legge delega 78/2022, che ha stabilito la *"revisione delle competenze dell'Autorità nazionale anticorruzione in materia di contratti pubblici, al fine di rafforzarne le funzioni di vigilanza sul settore e di supporto alle stazioni appaltanti"*.

A tal fine, sono stati riconsiderati i poteri regolatori dell'Autorità previsti dall'art. 213 del previgente codice, ma non più menzionati dalla legge delega.

In particolare, **non si prevede più il potere dell'ANAC di adottare le linee guida**, essendo tale potere assorbito dall'adozione della disciplina regolamentare di attuazione del nuovo codice (nel quale sono destinate a confluire le linee guida già emesse, quanto alla disciplina di dettaglio in esse contenuta).

Viene poi **eliminato** il riferimento agli *"altri strumenti di regolazione flessibile"*, sostituiti dalla categoria degli atti amministrativi generali, in quanto di più agevole inquadramento dogmatico e normativo.

Sono state invece mantenute in capo all'Autorità **le funzioni di analisi e di verifica** dell'impatto della regolamentazione ai fini del rispetto del **divieto di gold plating**.

Il **co. 1** irrobustisce le **funzioni di vigilanza collaborativa**, poiché l'art. 222, co. 3, lett. h) **estende** il ruolo di supporto alle stazioni appaltanti, esercitato dall'ANAC mediante la stipula con le stesse di

appositi protocolli d'intesa, oltre che nella predisposizione degli atti di gara e nella gestione della procedura di gara (già previste dall'art. 213, co. 3, lett. h) D.Lgs. 50/2016), anche nella fase di esecuzione del contratto (con **Delibera n. 269 del 20 giugno 2023** l'ANAC ha adottato il "*Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici*", le cui disposizioni entrano in vigore il 1° luglio 2023 e si applicano, a partire da quella data, ai Protocolli di vigilanza collaborativa che riguardino procedure di gara disciplinate dal nuovo codice).

La disposizione, modificando l'art. 213 D.Lgs. 50/2016, dota l'Autorità di **poteri sanzionatori più efficaci**, così da garantire l'osservanza delle regole di buona amministrazione e, di conseguenza, il corretto funzionamento del mercato di riferimento. Tale potere sanzionatorio è riferito specificatamente ai settori individuati dalle **lett. b), f), l) e m)** del co. 3 (con **Delibera n. 271 del 20 giugno 2023** l'ANAC ha adottato un nuovo Regolamento per la disciplina dei procedimenti sanzionatori di competenza dell'Autorità).

Si fa poi riferimento agli altri casi previsti dal codice, fra i quali vi sono quelli di cui all'art. 63, co. 10 e quelli richiamati dall'art. 22, co. 9-13, relativi alla gestione delle informazioni da inserire nella Banca dati di cui all'art. 23 del codice.

Con **Delibera n. 270 del 20 giugno 2023** l'ANAC ha adottato il "*Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici*", che abroga dal 1° luglio 2023 il previgente regolamento adottato con Delibera n. 803 del 4 luglio 2018, le cui disposizioni continuano ad applicarsi ai procedimenti di vigilanza relativi a procedure di gara disciplinate dal D.Lgs. 50/2016.

Il **co. 8** si preoccupa, inoltre, di garantire la piena attuazione della **Banca dati nazionale dei contratti pubblici**, al fine di risolvere il problema dell'incompletezza di tale banca dati, soprattutto per le fasi successive all'aggiudicazione.

A tale scopo, il **co. 9** introduce un **sistema di disincentivi alla mancata trasmissione dei dati** da parte del RUP, con la previsione di un esplicito potere sanzionatorio in capo all'Autorità.

In attuazione dell'art. 1, comma 2, lett. m) della legge delega 78/2022, è stata eliminata la previsione, contenuta nell'art. 213, co. 15 D.Lgs. 50/2016, della gestione e dell'aggiornamento, da parte dell'Autorità, dell'Albo Nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici.

Analogamente, è stata **eliminata** la previsione, contenuta anch'essa nell'art. 213, co. 15 D.Lgs. 50/2016, della gestione e dell'aggiornamento da parte dell'ANAC dell'elenco delle stazioni appaltanti che operano con affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*, in coerenza con la mancata riproduzione, nel nuovo codice, di una disposizione di tenore analogo all'art. 192 D.Lgs. 50/2016, disciplinante il suddetto elenco.

In ordine al **Casellario informatico (co. 10) v. Delibera ANAC n. 272 del 20 giugno 2023** recante "*Regolamento per la gestione del Casellario Informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ai sensi dell'art. 222, comma 10, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*".

Art. 223 – Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e struttura tecnica di missione

1. *Nell'ambito delle funzioni di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti promuove le attività tecniche e amministrative occorrenti per l'adeguata e sollecita progettazione e approvazione delle infrastrutture ed effettua, con la collaborazione delle regioni o province autonome interessate, le attività di supporto necessarie per la vigilanza, da parte dell'autorità competente, sulla realizzazione delle infrastrutture.*

2. *Nello svolgimento delle funzioni di cui al comma 1, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti impronta la propria attività al principio di leale collaborazione con le regioni e le province autonome e con gli enti locali interessati e acquisisce, nei casi indicati dalla legge, la previa intesa delle regioni o province autonome interessate. Ai fini di cui al comma 1, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in particolare:*

- a) promuove e riceve le proposte delle regioni o province autonome e degli altri enti aggiudicatori;*
- b) promuove e propone intese quadro tra Governo e singole regioni o province autonome, al fine del congiunto coordinamento e realizzazione delle infrastrutture;*
- c) promuove la redazione dei progetti di fattibilità delle infrastrutture da parte dei soggetti aggiudicatori, anche attraverso eventuali intese o accordi procedurali tra i soggetti comunque interessati;*
- d) provvede, eventualmente in collaborazione con le regioni, le province autonome e gli altri enti interessati con oneri a proprio carico, alle attività di supporto al CIPESS per la vigilanza sulle attività di affidamento da parte dei soggetti aggiudicatori e della successiva realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese di cui all'[articolo 39](#);*
- e) ove necessario, collabora alle attività delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti o degli enti interessati alle attività istruttorie con azioni di indirizzo e supporto;*
- f) cura l'istruttoria sui progetti di fattibilità e definitivi, anche ai fini della loro sottoposizione alle deliberazioni del CIPESS in caso di infrastrutture e di insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese di cui all'[articolo 39](#), proponendo allo stesso le eventuali prescrizioni per l'approvazione del progetto; per le opere di competenza dello Stato, il parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici, o di altri organi o commissioni consultive, ove richiesto dalle norme vigenti, è acquisito sul progetto di fattibilità tecnico-economica;*
- g) assegna ai soggetti aggiudicatori, a carico dei fondi di cui all'[articolo 39](#), le risorse finanziarie integrative necessarie alle attività progettuali; in caso di infrastrutture e di insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese di cui all'[articolo 39](#), propone, d'intesa con il Ministero dell'economia e delle finanze, al CIPESS l'assegnazione ai soggetti aggiudicatori, a carico dei fondi, delle risorse finanziarie integrative necessarie alla realizzazione delle infrastrutture, contestualmente all'approvazione del progetto di fattibilità tecnico-economica e nei limiti delle risorse disponibili, dando priorità al completamento delle opere incompiute;*
- h) verifica l'avanzamento dei lavori anche attraverso sopralluoghi tecnico-amministrativi presso i cantieri interessati, previo accesso agli stessi; a tal fine può avvalersi, ove necessario, del Corpo della Guardia di finanza, mediante la sottoscrizione di appositi protocolli di intesa e del Servizio per l'Alta sorveglianza sulle grandi opere istituito con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti 15 aprile 2002, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 54 del 5 marzo 2004.*

3. *Per le attività di indirizzo e pianificazione strategica, ricerca, supporto e alta consulenza, valutazione, revisione della progettazione, monitoraggio e alta sorveglianza delle infrastrutture, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti può avvalersi di una struttura tecnica di missione composta da dipendenti nei limiti dell'organico approvato e dirigenti delle pubbliche amministrazioni, da tecnici individuati dalle regioni o province autonome territorialmente coinvolte, nonché, sulla base di specifici incarichi professionali o rapporti*

di collaborazione coordinata e continuativa, da progettisti ed esperti nella gestione di lavori pubblici e privati e di procedure amministrative. La struttura tecnica di missione è istituita con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti. La struttura può, altresì, avvalersi di personale di alta specializzazione e professionalità, previa selezione, con contratti a tempo determinato di durata non superiore al quinquennio rinnovabile per una sola volta, nonché quali advisor, di università statali e non statali legalmente riconosciute, di enti di ricerca e di società specializzate nella progettazione e gestione di lavori pubblici e privati. La struttura svolge, altresì, le funzioni del Nucleo di valutazione e verifica degli investimenti pubblici, previste dall'articolo 1 della legge 17 maggio 1999, n. 144 e dall'articolo 7 del decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 228.

4. Per agevolare, sin dall'inizio della fase istruttoria, la realizzazione di infrastrutture e insediamenti prioritari, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentiti i Ministri competenti, nonché i Presidenti delle regioni o province autonome interessate, propone al Presidente del Consiglio dei ministri la nomina di commissari straordinari, i quali seguono l'andamento delle opere e provvedono alle opportune azioni di indirizzo e supporto promuovendo anche attività di prevenzione dell'insorgenza dei conflitti e dei contenziosi, anche con riferimento alle esigenze delle comunità locali, nonché le occorrenti intese tra i soggetti pubblici e privati interessati. Nell'espletamento delle suddette attività, e nel caso di particolare complessità delle stesse, il commissario straordinario può essere affiancato da un sub-commissario, nominato dal Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta dei Presidenti delle regioni o province autonome territorialmente coinvolte, con oneri a carico delle regioni o province autonome proponenti ovvero a valere sulle risorse di cui al comma 8. Per le opere non aventi carattere interregionale o internazionale, la proposta di nomina del commissario straordinario è formulata d'intesa con la regione o la provincia autonoma o l'ente territoriale interessati.

5. Gli oneri per il funzionamento della struttura tecnica di missione di cui al comma 3 trovano copertura sui fondi di cui all'articolo 1, comma 238, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, nonché sulle risorse assegnate annualmente al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ai sensi della legge n. 144 del 1999.

6. Il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentiti i Ministri competenti nonché, per le infrastrutture di competenza dei soggetti aggiudicatori regionali, i presidenti delle regioni o province autonome interessate, abilita eventualmente i commissari straordinari ad adottare, con le modalità e i poteri di cui all'articolo 13 del decreto-legge 25 marzo 1997, n. 67, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 1997, n. 135, in sostituzione dei soggetti competenti, i provvedimenti e gli atti di qualsiasi natura necessari alla sollecita progettazione, istruttoria, affidamento e realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi.

7. I commissari straordinari agiscono in autonomia e con l'obiettivo di garantire l'interesse pubblico e riferiscono al Presidente del Consiglio, al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e al CIPRESS in ordine alle problematiche riscontrate e alle iniziative assunte e operano secondo le direttive dai medesimi impartite e con il supporto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, e, ove esistenti, della struttura tecnica di missione e degli advisor, acquisendo, per il tramite degli stessi, ogni occorrente studio e parere. Nei limiti dei costi autorizzati a norma del comma 8, i commissari straordinari e i sub-commissari si avvalgono della struttura di cui al comma 3, nonché delle competenti strutture regionali e possono avvalersi del supporto e della collaborazione dei soggetti terzi.

8. Il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di nomina del commissario straordinario individua il compenso e i costi pertinenti alle attività da svolgere dallo stesso, nonché le modalità di corresponsione degli stessi a valere sulle risorse del quadro economico di ciascun intervento, nei limiti delle somme stanziare per tale finalità.

9. *Ai commissari nominati ai sensi dell'articolo 20 del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, per le opere di cui al presente articolo si applicano le disposizioni di cui ai commi da 4 a 8.*

10. *Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti assicura, anche attraverso la piattaforma del Servizio Contratti Pubblici, il supporto e l'assistenza necessari alle stazioni appaltanti per l'applicazione della disciplina di settore, in collaborazione con le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano nell'ambito delle attività che queste esercitano ai sensi del codice.*

Rispetto al previgente **art. 221 D.Lgs. 50/2016** vi sono **variazioni minime** e di natura formale, che non toccano i contenuti sostanziali, di fatto invariati.

Il MIT rimane il luogo di snodo e di coordinamento di varie competenze, oltre che il soggetto istituzionale titolare della funzione di promozione delle attività amministrative e tecniche necessarie alla celere progettazione e all'approvazione delle infrastrutture strategiche e degli insediamenti produttivi prioritari per lo sviluppo del Paese.

PARTE III

DISPOSIZIONI TRANSITORIE, DI COORDINAMENTO E ABROGAZIONE

Art. 224 – Disposizioni ulteriori

1. *Le disposizioni di cui agli articoli da 215 a 219 si applicano anche ai collegi già costituiti ed operanti alla data di entrata in vigore del codice.*
2. *Dalla data in cui il codice acquista efficacia al decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, sono apportate le seguenti modificazioni:*
 - a) *all'articolo 1, il comma 5 è sostituito dal seguente: «5. Alle procedure per l'affidamento dei servizi di organizzazione, gestione e svolgimento delle prove dei concorsi pubblici di cui agli articoli 247 e 249 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, si applicano le disposizioni del Libro II, Parte I, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge 21 giugno 2022, n. 78.»;*
 - b) *l'articolo 2-bis è abrogato;*
 - c) *all'articolo 8, comma 1, alinea, le parole: “«e fino alla data del 30 giugno 2023»” sono soppresse.*
3. *All'articolo 107, comma 3, lettera a), del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «la commissione giudicatrice, nel caso di aggiudicazione dei contratti di importo inferiore alle soglie europee con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, può essere presieduta dal responsabile unico del procedimento;».*
4. *L'articolo 37 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, è sostituito dal seguente:*
«Art. 37 – (Obblighi di pubblicazione concernenti i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) – 1. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 9-bis e fermi restando gli obblighi di pubblicità legale, le pubbliche amministrazioni e le stazioni appaltanti pubblicano i dati, gli atti e le informazioni secondo quanto previsto dall'articolo 28 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge 21 giugno 2022, n. 78. 2. Ai sensi dell'articolo 9-bis, gli obblighi di pubblicazione di cui al comma 1 si intendono assolti attraverso l'invio dei medesimi dati alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici presso l'ANAC e alla banca dati delle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'articolo 2 del decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229, limitatamente alla parte lavori.».
5. *All'articolo 38, comma 2, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, le parole: «all'articolo 21 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50» sono sostituite dalle seguenti: «all'articolo 37 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge 21 giugno 2022, n. 78».*
6. *All'articolo 95, comma 5, del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, le parole: «purché non rivesta la qualità di mandataria e» sono soppresse.*
7. *Gli organi costituzionali adeguano i propri ordinamenti ai principi e criteri di cui al presente codice nell'ambito della propria autonomia organizzativa e delle prerogative ad essi costituzionalmente riconosciute.*
8. *Le Regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e di Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute nei rispettivi statuti e nelle relative norme di attuazione.*

Il **co. 1** stabilisce l'**immediata applicabilità** degli **artt. 215-219** ai Collegi consultivi tecnici già costituiti ed operanti alla data di entrata in vigore del Codice (**1° aprile 2023**): **non è dunque previsto un regime transitorio** che ne consenta l'assoggettamento al previgente regime normativo, in deroga alla regola dell'ultrattività per i "*procedimenti in corso*" di cui all'art. 226, comma 2.

Al **co. 2-6** sono previsti interventi di coordinamento normativo (con qualche intrusione di previsioni di natura abrogativa) con disposizioni extra-codicistiche, modificate ed adeguate alla luce della nuova disciplina.

Il **co. 2** apporta, con decorrenza dal **1° luglio 2023**, una serie di modificazioni al **D.L. 76/2020**, le cui previsioni, originariamente di natura emergenziale, sono state in larga parte estese a regime dal Libro II, Parte I.

Il **co. 3** modifica l'**art. 107, co. 3, lett. a) D.Lgs. 267/2000**, che disciplina le funzioni dirigenziali, richiamando, accanto alla presidenza delle commissioni di gara e di concorso, la disposizione di cui all'**art. 51 del codice**.

Il **co. 4**, intervenendo sull'**art. 37 D.lgs. 33/2013**, rafforza gli **obblighi di pubblicazione** concernenti i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, raccordandoli con quanto previsto dall'**art. 28 del codice** e prevedendo che tali obblighi si intendono assolti attraverso l'invio dei dati alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici presso l'ANAC e alla Banca dati delle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'**art. 2 D.Lgs. 229/2011** limitatamente alla parte lavori.

Il **co. 5** sostituisce, nell'**art. 38, co. 2 del codice**, il rinvio all'art. 21 D.Lgs. 50/2016 con quello al corrispondente **art. 37 del nuovo codice** in materia di programmazione dei lavori e degli acquisti di beni e servizi.

Il **co. 6**, invece, riscrive l'art. 95, co. 5 D.Lgs. 14/2019, espungendo l'inciso "*purché non rivesta la qualità di mandataria e*": **viene meno, pertanto, il limite per l'impresa in concordato a partecipare in raggruppamento temporaneo quale mandataria**, sebbene tale previsione acquisti efficacia a decorrere dal **1° gennaio 2024**, ai sensi di quanto previsto dall'**art. 225, co. 2 del codice**.

La versione originaria riproduceva l'art. 186-bis, co. 6 della legge fallimentare, il quale aveva superato anche il vaglio di legittimità costituzionale, che aveva sancito come scelta discrezionale non irragionevole del legislatore l'esclusione della mandataria in concordato con continuità aziendale dalla partecipazione alle gare, non prevista per l'impresa che concorre in forma individuale, in quanto "*diretta a evitare che la crisi dell'impresa mandataria, conclamata dalla sua soggezione a concordato preventivo, metta in discussione il rapporto con l'amministrazione appaltante*" (Corte cost., 7 maggio 2020, n. 85).

Art. 225 – Disposizioni transitorie e di coordinamento

1. Fino al 31 dicembre 2023 gli avvisi e i bandi sono pubblicati, ai fini della decorrenza degli effetti di legge, nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti pubblici, entro il sesto giorno feriale successivo a quello del ricevimento della documentazione da parte dell'Ufficio inserzioni dell'Istituto poligrafico e zecca dello Stato. Fino al 31 dicembre 2023 trovano applicazione le disposizioni di cui agli articoli 70, 72, 73, 127, comma 2, 129, comma 4 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e del decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti adottato in attuazione dell'articolo 73, comma 4 del medesimo codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 del 2016. Le spese per la pubblicazione obbligatoria degli avvisi e dei bandi di gara sono rimborsate alla stazione appaltante dall'aggiudicatario entro il termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione. La pubblicazione di informazioni ulteriori, complementari o aggiuntive avviene esclusivamente in via telematica e non può comportare oneri finanziari a carico della stazione appaltante. Fino al 31 dicembre 2023 continuano le pubblicazioni sulla piattaforma del Servizio contratti pubblici del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti di cui all'Allegato B al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Dal 1° gennaio 2024, acquistano efficacia gli articoli 27, 81, 83, 84 e 85.

2. Le disposizioni di cui agli articoli 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 35, 36, 37, comma 4, 99, 106, comma 3, ultimo periodo, 115, comma 5, 119, comma 5, e 224, comma 6 acquistano efficacia a decorrere dal 1° gennaio 2024. In via transitoria, le disposizioni di cui agli articoli 21, comma 7, 29, 40, 41 comma 2-bis, 44, 52, 53, 58, 74, 81, 85, 105, comma 7, 111, comma 2-bis, 213 commi 8, 9 e 10, 214, comma 6 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 continuano ad applicarsi fino al 31 dicembre 2023 per lo svolgimento delle attività relative:

- a) alla redazione o acquisizione degli atti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione dei contratti;
- b) alla trasmissione dei dati e documenti relativi alle procedure di cui alla lettera a);
- c) all'accesso alla documentazione di gara;
- d) alla presentazione del documento di gara unico europeo;
- e) alla presentazione delle offerte;
- f) all'apertura e la conservazione del fascicolo di gara;
- g) al controllo tecnico, contabile e amministrativo dei contratti anche in fase di esecuzione e la gestione delle garanzie.

3. Il requisito di qualificazione di cui all'articolo 4, comma 1, lettera c) e all'articolo 6, comma 1, lettera c), dell'allegato II 4 è richiesto a decorrere dal 1° gennaio 2024.

4. In sede di prima applicazione dell'articolo 47 e fino all'attuazione delle disposizioni di cui all'allegato I.11, la composizione del Consiglio superiore dei lavori pubblici e le competenze delle sezioni restano quelle vigenti alla data di entrata in vigore del codice, ivi compreso quanto disposto dall'articolo 45 del decreto-legge 31 maggio 2021 n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021 n. 108.

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

6. Fino all'adozione del regolamento di cui all'articolo 136, comma 4, continua ad applicarsi il regolamento recante la disciplina delle attività del Ministero della difesa in materia di lavori, servizi e forniture di cui al decreto del Presidente della Repubblica 15 novembre 2012, n. 236, in quanto compatibile con le disposizioni di cui all'allegato II.20.

7. Per le garanzie previste all'articolo 117, comma 12, nelle more dell'adozione del decreto ivi previsto, si applicano le disposizioni del decreto del Ministro dello sviluppo economico 19 gennaio 2018, n. 31.

8. In relazione alle procedure di affidamento e ai contratti riguardanti investimenti pubblici, anche suddivisi in lotti, finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR e dal PNC, nonché dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea, ivi comprese le infrastrutture di supporto ad essi connesse, anche se non finanziate con dette risorse, si applicano, anche dopo il 1° luglio 2023, le disposizioni di cui al decreto-legge n. 77 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021, al decreto-legge 24 febbraio 2023, n. 13, nonché le specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal PNRR, dal PNC nonché dal Piano nazionale integrato per l'energia e il clima 2030 di cui al regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018.

9. A decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2, le disposizioni di cui all'articolo 23 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, continuano ad applicarsi ai procedimenti in corso. A tal fine, per procedimenti in corso si intendono le procedure per le quali è stato formalizzato l'incarico di progettazione alla data in cui il codice acquista efficacia. Nel caso in cui l'incarico di redazione del progetto di fattibilità tecnico economica sia stato formalizzato prima della data in cui il codice acquista efficacia, la stazione appaltante può procedere all'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione dei lavori sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica oppure sulla base di un progetto definitivo redatto ai sensi dell'articolo 23 del codice dei contratti pubblici, di cui decreto legislativo n. 50 del 2016.

10. Per gli interventi ricompresi tra le infrastrutture strategiche di cui alla disciplina prevista dall'articolo 163 e seguenti del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, già inseriti negli strumenti di programmazione approvati e per i quali la procedura di valutazione di impatto ambientale sia già stata avviata alla data di entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, i relativi progetti sono approvati secondo la disciplina prevista dall'articolo 163 e seguenti del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006.

11. Le procedure per la valutazione di impatto ambientale delle grandi opere avviate alla data di entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, secondo la disciplina già prevista dagli articoli 182, 183, 184 e 185 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006, sono concluse in conformità alle disposizioni e alle attribuzioni di competenza vigenti all'epoca del predetto avvio. Le medesime procedure trovano applicazione anche per le varianti.

12. Le proroghe della dichiarazione di pubblica utilità e del vincolo preordinato all'esproprio in scadenza su progetti già approvati dal CIPESS in base al previgente codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006, sono approvate direttamente dal soggetto aggiudicatore. Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti entro il 31 dicembre di ciascun anno rende una informativa al CIPESS in merito alle proroghe disposte nel corso dell'anno e ai termini in scadenza nell'anno successivo.

13. Gli articoli 47, comma 1, 83, comma 2, e 216, comma 14, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, si interpretano nel senso che, in via transitoria, relativamente ai consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettera c), del medesimo codice, ai fini della partecipazione alle gare e dell'esecuzione si applica il regime di qualificazione previsto dall'articolo 36, comma 7, del codice dei contratti pubblici relativi

a lavori, servizi e forniture di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006 e dagli articoli 81 e 94 del regolamento di esecuzione ed attuazione di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207. L'articolo 47, comma 2-bis, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, si interpreta nel senso che, negli appalti di servizi e forniture, la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati, anche se diversi da quelli designati in gara.

14. Qualora, entro novanta giorni dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2, siano emanati regolamenti governativi o adottati regolamenti ministeriali sostitutivi di allegati al codice, il cui contenuto sia identico a quello dell'allegato stesso, sugli schemi dei regolamenti non è acquisito il parere del Consiglio di Stato e delle Commissioni parlamentari.

15. Salvo quanto previsto dal comma 14, gli schemi dei regolamenti di cui agli articoli 17, comma 3, 40, comma 2, 41, commi 2 e 4, 45, comma 1, 47, comma 4, 54, comma 3, 61, comma 5, 70, comma 3, 71, comma 5, 84, comma 1, 89, comma 2, 100, comma 3, 105, comma 1, 106, comma 8, 114, comma 5, 120, comma 14, 135, comma 3, 182, comma 2 e 213, comma 15, sono trasmessi alle Camere ai fini dell'acquisizione dei pareri delle competenti Commissioni parlamentari che si esprimono entro trenta giorni, decorsi i quali i regolamenti possono essere comunque emanati o adottati.

16. A decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2, in luogo dei regolamenti e delle linee guida dell'ANAC adottati in attuazione del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, laddove non diversamente previsto dal presente codice, si applicano le corrispondenti disposizioni del presente codice e dei suoi allegati.

Si detta una disciplina di **coordinamento** con quella precedente, prevedendo una serie di **abrogazioni** (di articoli), **sostituzioni** (di articoli, parole), **soppressioni** (di periodi, parole) e **aggiunte** (di periodi).

Il nuovo codice, in linea con l'art. 216 D.Lgs. 50/2016 e, ancor prima, con l'art. 253 D.Lgs. 163/2006, fissa un **regime transitorio di natura generale**, in forza del quale continuano ad applicarsi le regole previgenti ai "**procedimenti in corso**" alla data del **1° luglio 2023**, per tali dovendosi intendere le procedure e i contratti i cui bandi o avvisi siano stati pubblicati prima della data di acquisizione di efficacia del codice o, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, le procedure e i contratti in relazione ai quali, al 1° luglio 2023, siano stati già inviati gli avvisi a presentare le offerte. Questo regime "generale", riferibile anche alle opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione ed ai rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale, è collocato nell'art. 226, co. 2 (dedicato alle abrogazioni) e va ricordato alle disposizioni in commento, che in realtà contemplan solo regimi transitori "specifici", ovverosia discipline autonome provvisorie destinate ad esaurire i loro effetti una volta portato a buon fine il passaggio alla nuova disciplina.

I **regimi "specifici"** derogano alla regola generale dei "**procedimenti in corso**", anche se manca una clausola di salvezza in apertura dell'art. 226, co. 2.

In particolare, si prevede l'**ultrattività** delle disposizioni del codice previgente, **anche oltre il 1° luglio 2023 e sino al 31 dicembre 2023**, unita all'acquisizione di efficacia differita delle corrispondenti disposizioni del D.Lgs. 36/2023 per quanto riguarda:

- gli adempimenti di **pubblicazione di avvisi e bandi** per i quali, ai fini della decorrenza degli effetti di legge, rileva la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana (**co. 1**); il nuovo regime di pubblicità legale degli atti, per la cui attuazione occorre anche uno specifico provvedimento attuativo dell'ANAC, acquista efficacia a decorrere dal 1° gennaio 2024;

- la disciplina della **digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti**, da attuare entro il 31 dicembre 2023; il termine del 1° gennaio 2024 si pone in linea con gli obiettivi programmati in sede di PNRR (obiettivo M1C1-75) che prevede che entro il 31 dicembre 2023 il Sistema Nazionale di *E-Procurement* sia operativo e in linea con le pertinenti direttive UE, comprendendo la digitalizzazione completa delle procedure di acquisto fino all'esecuzione del contratto e assicurando l'interoperabilità con i sistemi gestionali delle pubbliche amministrazioni e l'abilitazione digitale degli operatori economici.

Sino al 31 dicembre 2023 continuano, pertanto, ad applicarsi le disposizioni del **D.lgs. n. 50/2016** per lo svolgimento delle attività relative: a) alla redazione o acquisizione degli atti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) alla trasmissione dei dati e documenti relativi alle procedure di cui alla lettera a); c) all'accesso alla documentazione di gara; d) alla presentazione del documento di gara unico europeo; e) alla presentazione delle offerte; f) all'apertura e la conservazione del fascicolo di gara; g) al controllo tecnico, contabile e amministrativo dei contratti anche in fase di esecuzione e la gestione delle garanzie.

Opera secondo il meccanismo dell'efficacia differita (**al 1° gennaio 2024**) anche il requisito, prescritto per la qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza, della disponibilità di piattaforme di approvvigionamento digitale di cui agli artt. 25 e 26 del codice.

Si prevede poi l'**ultrattività** delle disposizioni extra-codicistiche, emanate nel contesto del previgente quadro disciplinare, secondo il **meccanismo della cedevolezza** rispetto ad alcune disposizioni attuative di futura emanazione (**co. 4-5-6-7**), nonostante il nuovo codice per lo più sia autoesecutivo.

Anche il **D.lgs. n. 163/2006** è ancora attuale per quanto riguarda gli interventi ricompresi tra le infrastrutture strategiche, le procedure per la valutazione di impatto ambientale delle grandi opere e le proroghe della dichiarazione di pubblica utilità e del vincolo preordinato all'esproprio in scadenza su progetti già approvati dal CIPESS (**co. 10-11-12**).

Il **co. 8** prevede la **perdurante applicabilità**, anche dopo il 1° luglio 2023, delle disposizioni di cui al **D.L. n. 77/2021**, al **D.L. n. 13/2023**, nonché delle previsioni legislative volte a semplificare ed agevolare il conseguimento degli obiettivi stabiliti dal PNRR, dal PNC nonché dal **Piano nazionale integrato per l'energia e il clima 2030**, alle **procedure di affidamento e ai contratti riguardanti**

investimenti pubblici, anche suddivisi in lotti, finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR e dal PNC, nonché dai **programmi cofinanziati** dai fondi strutturali dell'Unione europea. La disposizione neutralizza il rischio di ipotesi di abrogazione implicita, ribadendo la perdurante vigenza delle previsioni semplificate.

Al **co. 9** si prevede, invece, l'ultrattività delle disposizioni di cui all'**art. 23 D.Lgs. 50/2016** in relazione ai "*procedimenti in corso*" riguardanti gli **incarichi di progettazione**.

Il **co. 13** inserisce, invece, una **norma di interpretazione autentica di natura transitoria** relativa al meccanismo del **cumulo alla rinfusa per i consorzi stabili**: tale previsione assegna alle disposizioni dell'art. 47, co. 1-2-bis D.Lgs. 50/2016 "*un significato rientrante tra le possibili letture del testo originario*" (Corte cost., 7 novembre 2008, n. 362), risolvendo un contrasto giurisprudenziale in atto. In adesione alla lettura estensiva sul cumulo alla rinfusa, si rimuove la clausola di salvezza del comma 1 dell'art. 47 del D.lgs. 50/2016 rispetto ai requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, "*in modo da assicurare una maggiore semplicità al sistema*" (così la Relazione Illustrativa), **generalizzando il principio del computo cumulativo dei requisiti** di capacità tecnica e finanziaria in capo al consorzio, ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate e stabilizzando il regime transitorio in un'ottica di omogeneizzazione disciplinare rispetto alle nuove regole (art. 67, comma 2) (cfr., per una prima applicazione, **Tar Toscana, sez. I, 27 maggio 2023, n. 512**).

I **co. 14-15** completano il **meccanismo della delegificazione speciale** costruito per ottenere un codice immediatamente auto-esecutivo, evitando rinvii a ulteriori provvedimenti attuativi.

Al **co. 16** si prevede, infine, una **norma di raccordo** sull'eliminazione dei regolamenti attuativi del previgente codice in luogo dei quali, a decorrere dal 1° luglio 2023, si applicano le corrispondenti disposizioni del nuovo codice e dei suoi allegati.

Si sancisce anche il **superamento delle linee guida dell'ANAC**, con la medesima decorrenza, in applicazione del criterio di cui all'art. 1, co. 2, lett. b) della legge delega 78/2022, che ha prescritto la revisione delle competenze dell'ANAC, al fine di rafforzarne le funzioni di vigilanza sul settore e di supporto alle stazioni appaltanti, senza più menzionare i poteri regolatori previsti dall'art. 213 D.Lgs. 50/2016.

Art. 226 – Abrogazioni e disposizioni finali

1. Il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, è abrogato dal 1° luglio 2023.

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

- a) le procedure e i contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia;
- b) in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, le procedure e i contratti in relazione ai quali, alla data in cui il codice acquista efficacia, siano stati già inviati gli avvisi a presentare le offerte;
- c) per le opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione, oggetto di convenzioni urbanistiche o atti assimilati comunque denominati, i procedimenti in cui le predette convenzioni o atti siano stati stipulati prima della data in cui il codice acquista efficacia;
- d) per le procedure di accordo bonario di cui agli articoli 210 e 211, di transazione e di arbitrato, le procedure relative a controversie aventi a oggetto contratti pubblici, per i quali i bandi o gli avvisi siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia, ovvero, in caso di mancanza di pubblicazione di bandi o avvisi, gli avvisi a presentare le offerte siano stati inviati prima della suddetta data.
3. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 225, sono abrogati dal 1° luglio 2023:
- a) il regio decreto 3 maggio 1923, n. 1612;
- b) l'articolo 11, comma 5, lettere d) e f), della legge 23 dicembre 1992, n. 498;
- c) il decreto del Presidente della Repubblica 27 aprile 2006, n. 204;
- d) l'articolo 1, comma 32, della legge 6 novembre 2012, n. 190;
- e) il decreto del Ministro dello sviluppo economico 7 giugno 2017, n. 122;
- f) il decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo 22 agosto 2017, n. 154;
- g) il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 28 settembre 2022, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 239 del 12 ottobre 2022.
4. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 225, è abrogato dal 1° gennaio 2024 il decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti 2 dicembre 2016, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 20 del 25 gennaio 2017.
5. Ogni richiamo in disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, o al codice dei contratti pubblici vigente alla data di entrata in vigore del codice, si intende riferito alle corrispondenti disposizioni del codice o, in mancanza, ai principi desumibili dal codice stesso.

Si **abroga** espressamente il **D.Lgs. n. 50/2016** alla data del **1° luglio 2023 (co. 1)**, ponendo alcune disposizioni per i **“procedimenti in corso”**, come definiti dal **co. 2**, i quali continuano comunque ad essere soggetti alle disposizioni previgenti. L'effetto abrogativo viene, pertanto, agganciato all'acquisto dell'**efficacia** delle nuove disposizioni (anziché all'entrata in vigore delle stesse fissata al 1° aprile 2023).

Il successivo **co. 3** prevede l'abrogazione (sempre a decorrere dal 1° luglio 2023) di un nutrito blocco di disposizioni - di rango legislativo e non - dalla collocazione **extra-codicistica**.

Il **co. 4** prevede l'abrogazione dal 1 gennaio 2024 del decreto MIT 2 dicembre 2016.

Chiude il **co. 5** con la precisazione alquanto scontata secondo cui **“ogni richiamo in disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 del 2016, o al codice dei contratti pubblici vigente alla data di entrata in vigore del codice, si intende riferito alle corrispondenti disposizioni del codice o, in mancanza, ai principi desumibili dal codice stesso”**.

Art. 227 – Aggiornamenti

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

Si stabilisce il principio di **modificabilità solo esplicita** delle disposizioni contenute nel codice e nei suoi allegati: per queste, dunque, vale il criterio ermeneutico che, nei casi dubbi, impone di escludere l'ammissibilità di ipotesi di abrogazione implicita.

Art. 228 – Clausola di invarianza finanziaria

- 1. Dall'attuazione del presente codice e dei suoi allegati non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.*
- 2. Le amministrazioni interessate provvedono agli adempimenti previsti dal presente codice e dai suoi allegati con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente.*

L'art. 228 introduce una "clausola di invarianza finanziaria", definita anche come "**clausola di neutralità finanziaria**": il nuovo codice è così qualificabile come improduttivo di nuove spese a carico dello Stato.

In linea con quanto già previsto dall'art. 219 D.Lgs. 50/2016, si prevede che dall'attuazione del nuovo codice e dei suoi allegati non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica (**co. 1**), di modo che le Amministrazioni interessate procedano agli adempimenti richiesti con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente (**co. 2**).

Art. 229 – Entrata in vigore

- 1. Il codice entra in vigore, con i relativi allegati, il 1° aprile 2023.*
- 2. Le disposizioni del codice, con i relativi allegati acquistano efficacia il 1° luglio 2023.*

A differenza dell'**art. 220 D.Lgs. 50/2016**, che si limitava a stabilire l'entrata in vigore del codice il giorno stesso della sua pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, l'art. 229 presenta un **maggiore livello di complessità**.

Da un punto di vista, infatti, il **co. 1** stabilisce che il codice con gli Allegati, pubblicato in Gazzetta Ufficiale il **31 marzo 2023**, entri **in vigore il 1° aprile** successivo.

Per altro verso, la disposizione medesima aggiunge, al **co. 2**, che le previsioni sia del codice sia degli Allegati acquistino **efficacia il 1° luglio** dello stesso anno.

In altri termini, la norma prevede una data di entrata in vigore diversa da quella di efficacia, ovvero uno **sfasamento temporale** tra i due momenti che invece di solito coincidono (dopo che sia decorsa l'ordinaria *vacatio legis*).