

ALLEGATO

APPROFONDIMENTO NORMATIVO

----- § -----

A cura dell'Avv. Davide Rossi del foro di Aosta,
per conto dell'Autorità di gestione FEASR della Valle d'Aosta



Sommario

I. La programmazione.....	3
II. Il certificato di regolare esecuzione	18
III. Gli obblighi di comunicazione delle varianti	22
IV. L'indicazione dei soggetti invitati nell'avviso sui risultati della procedura	31
V. Il mancato rispetto del termine di conclusione della procedura	34
VI. Omesso o incompleto controllo circa i requisiti generali dell'operatore economico	38
VII. I raggruppamenti temporanei	53
VIII. Le Procedure per l'affidamento sotto soglia.....	56
IX. Subappalto	60

I. La programmazione

1. L'istituto della programmazione

La programmazione ha acquisito progressivamente un ruolo centrale nell'attività contrattuale della pubblica amministrazione. L'attività di programmazione è stata inizialmente disciplinata dalla legge quadro sui lavori pubblici (art. 14. l. 109/1994) e dal relativo regolamento di attuazione (DPR n. 554 del 21 dicembre 1999). Ne è seguito il primo codice sui contratti pubblici (D.lgs. n. 163/2006) che, confermandone l'impostazione, regolamentava in maniera più puntuale la programmazione dei lavori pubblici mantenendo, invece, facoltativa quella per l'acquisto di beni e servizi, per i quali il DPR 207/2010 (art. 271) ha, poi, confermato la mera facoltà delle amministrazioni di approvare ogni anno un programma per le acquisizioni previste per l'anno successivo. Solo la legge 28 dicembre 2015 n. 208, all'art. 1, co. 505, ha introdotto l'obbligo di approvare uno specifico programma biennale, e i suoi aggiornamenti annuali, per gli acquisti di importo superiore a un milione di euro.

Il codice dei contratti pubblici di cui al D.lgs. 50/2016 - e così il successivo D.lgs. 36/2023 - ha confermato l'obbligatorietà, al di sopra di una certa soglia, della programmazione sia dei lavori sia degli acquisti di beni e servizi, distinguendo, tuttavia, gli strumenti programmatori a seconda dell'oggetto: al programma triennale dei lavori si affiancava il programma biennale degli acquisti di beni e servizi.

L'obbligo di programmazione periodica è stato solo temporaneamente derogato nel periodo emergenziale dall'art. 8, co. 1, lett. d), della l. 120/2020, riconfermato dalla l. 108/2021, che consentiva di avviare le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture anche in mancanza di una specifica previsione nei documenti di programmazione già adottati, a condizione che entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge si provvedesse all'aggiornamento in conseguenza degli effetti dell'emergenza da COVID-19.

Tale disciplina dava attuazione al criterio direttivo sancito dalla legge delega (l. 11/2016) volto a razionalizzare le procedure di spesa attraverso l'applicazione di criteri di qualità ed efficienza, nonché la professionalizzazione e la riorganizzazione delle funzioni delle stazioni appaltanti, con particolare riferimento alle fasi di programmazione e controllo. Per converso, le direttive europee in materia (direttive n. 2014/24/UE e n. 2014/25/UE) non prevedono espressamente l'istituto della programmazione - che menzionano soltanto a proposito delle consultazioni preliminari di mercato e degli avvisi di preinformazione -, posto che il legislatore europeo, nei considerando di tali direttive, si è limitato soltanto a trattare il tema della progettazione senza dare indicazioni vincolanti.

In via generale, la programmazione costituisce lo strumento per gestire le procedure di spesa secondo parametri di qualità ed efficienza, grazie alla razionalizzazione delle scelte e alla corretta allocazione delle risorse. Gli atti di programmazione, infatti, da un lato, consentono un'attenta valutazione della situazione nella sua globalità, attraverso l'evidenziazione delle necessità della comunità nonché la predeterminazione degli obiettivi e l'esame congiunto di tutti gli interventi previsti, in ossequio ai principi di efficienza, efficacia ed economicità; dall'altro, servono a pianificare la spesa in modo da determinare le opere

pubbliche che possono essere effettivamente e completamente realizzate in base alle disponibilità finanziarie e secondo un ordine di priorità fondato sulla valutazione dei costi e dei benefici (Corte cost., n. 482/1995 e n. 221/2010).

Ne risulta un ampliamento dell'attività contrattuale da parte delle committenze pubbliche, finalizzata a: i) individuare e organizzare i bisogni della collettività secondo priorità; ii) comprovare la certezza della spesa e garantire la sostenibilità finanziaria; iii) assicurare trasparenza nell'ambito dei contratti pubblici. Inoltre, a seguito della progressiva apertura, nell'ambito della programmazione, ai privati, ora ammessi a presentare proposte di intervento, si persegue altresì l'apertura alla concorrenza già nella fase della scelta degli interventi da realizzare.

Più esattamente, nella funzione di programmazione si distingue il momento di definizione degli obiettivi e dalla loro successiva attuazione. In una prima fase, l'amministrazione identifica i bisogni della collettività e individua gli interventi necessari a soddisfarli, secondo un'attività di indirizzo; nella seconda fase, l'amministrazione elabora, invece, studi di fattibilità, secondo la propria discrezionalità tecnica, per approntare gli strumenti attuativi più idonei per realizzarli.

Invero, come si ricavava anche dall'art. 32 D.lgs. 50/2016¹, l'attività di programmazione è l'antecedente logico e giuridico necessario dei singoli procedimenti di affidamento dei contratti. Gli atti di programmazione, finalizzati come detto alla ricognizione preliminare dei bisogni, alla loro graduazione e alla destinazione delle disponibilità finanziarie a soddisfarli nell'ordine di priorità prestabilito, non sono, infatti, atti meramente interni alle procedure di affidamento ma ne costituiscono un presupposto indefettibile. In quanto atti generali e astratti, sono caratterizzati da amplissima discrezionalità e sono sottratti dall'obbligo di motivazione nonché dalle norme sulla partecipazione di cui alla l. 241/1990 (così T.A.R. Campania, Napoli, III, n. 3654/2020), stante, peraltro, l'assenza di destinatari immediati al momento della redazione. I privati non vantano alcun interesse legittimo a partecipare alla formazione di tali atti, ma, viste le loro implicazioni sugli obiettivi concreti da raggiungere, i cittadini, singoli o associati, hanno la facoltà di verificare la congruità e la correttezza delle scelte effettuate (Cons. St. V, n. 5824/2002).

A ogni modo, il programma produce effetti esclusivamente nei confronti dell'ente che lo ha approvato, che, nella realizzazione delle opere pubbliche, è sì tenuto a seguire l'ordine di priorità ivi prefissato (Cons. St. IV, n. 651/2016) ma senza che sia anche vincolato a seguire una particolare procedura di affidamento (T.A.R. Toscana, n. 183/2017). La violazione dell'ordine di esecuzione rappresenta un'ipotesi di illegittimità dei provvedimenti attuativi in quanto in contrasto con il programma approvato o con l'elenco annuale.

2. La disciplina del D.lgs. 50/2016

Nel codice previgente, la norma di riferimento era l'art. 21 D.lgs. 50/2016, rubricato *“Programma degli acquisti e programmazione dei lavori pubblici”*, che conteneva sia la disciplina

¹ Secondo cui *le procedure di affidamento dei contratti pubblici hanno luogo nel rispetto degli atti di programmazione delle stazioni appaltanti previsti dal presente codice o dalle norme vigenti.*”

generale comune a entrambe le tipologie di programma (commi 1, 7, 8, 8 bis, 9) sia delle disposizioni più specifiche per i lavori (commi 2, 3, 4, 5) o per i beni e servizi (comma 6).

L'art. 21, primo comma, D.lgs. 50/2016 dispone che *“le amministrazioni aggiudicatrici adottano il programma biennale degli acquisti di beni e servizi e il programma triennale dei lavori pubblici, nonché i relativi aggiornamenti annuali”*.

La norma fa riferimento alle sole *“amministrazioni aggiudicatrici”*, ossia, ai sensi dell'art. 3, co. 1, lett. a), a: tutte le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti. Restano, invece, esclusi gli *“enti aggiudicatori”*, di cui alla lett. e) del medesimo art. 3, co. 1, che non siano anche amministrazioni aggiudicatrici, e ciò a ragione del fatto che sono enti formalmente privati, tenuti solo in alcuni casi al rispetto delle regole di evidenza pubblica, ma per il resto operanti in regime di concorrenza (così Cons. St., Ad. plen. n. 16/2011). Neppure i soggetti aggregatori e le centrali di committenza sono tenuti alla programmazione in discorso (art. 21, co. 8 bis).

3. La coerenza con il bilancio

Il primo comma dell'art. 21 precisava che *“I programmi sono approvati nel rispetto dei documenti programmatici e in coerenza con il bilancio e, per gli enti locali, secondo le norme che disciplinano la programmazione economico-finanziaria degli enti.”* Tale disposizione sancisce che i programmi devono essere adottati secondo le tempistiche di approvazione del bilancio delle singole amministrazioni, affermando così la connessione vincolante tra la programmazione e le previsioni di bilancio, di talché gli atti di programmazione siano approvati solo quando sono note le risorse finanziarie disponibili.

Con specifico riguardo agli enti locali e ai Comuni, le scadenze da prendere in considerazione sono quelle previste in materia di programmazione economico-finanziaria dal D.lgs. 23 giugno 2011, n. 118 (*Disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 5 maggio 2009, n. 42*). In estrema sintesi, tale disciplina contabile si caratterizza per: la gestione dei fenomeni contabili sotto il profilo finanziario, patrimoniale ed economico; l'armonizzazione dei sistemi contabili con l'intento di incrementare il coordinamento della finanza pubblica; il miglioramento della programmazione degli investimenti effettuati e da effettuare nel corso di tutti gli esercizi di riferimento, al fine di garantire una maggiore corrispondenza fra impegni finanziari e situazione di cassa.

Sempre in tema di enti locali, l'allegato 4.1 del D.lgs. 118/2011 precisa che il processo di programmazione si svolge nel rispetto delle compatibilità economico-finanziarie e tenendo conto della possibile evoluzione della gestione dell'ente. La programmazione finanziaria dell'Ente si articola nei seguenti documenti: Documento Unico di Programmazione (DUP) e la relativa Nota di Aggiornamento; Bilancio di Previsione finanziario; Piano Esecutivo di Gestione (PEG); Piano Integrato di attività e organizzazione (PIAO) - da ultimo introdotto con il DL 81/2021.

Il DUP, in particolare, ha carattere generale e costituisce lo strumento di guida strategica e operativa degli enti locali, di cui rappresenta il principale atto di gestione, essendo il presupposto necessario di tutti gli altri documenti di programmazione. Ai sensi dell'art. 170

D.lgs. n. 267 del 2000 (TUEL), la Giunta deve presentare il DUP entro il 31 luglio di ogni anno al Consiglio per le conseguenti deliberazioni. Entro il 15 novembre di ciascun anno, con lo schema di delibera del bilancio di previsione finanziario, la Giunta presenta al Consiglio la nota di aggiornamento del Documento unico di programmazione.

Il DUP si compone di due sezioni: la Sezione strategica (SeS) e la Sezione operativa (SeO). La prima ha un orizzonte temporale di riferimento pari a quello del mandato amministrativo; la seconda, invece, coincide con quello del bilancio di previsione. La Sezione Operativa contiene - per ciò che qui interessa - la programmazione relativa ai contratti pubblici ed è previsto che gli atti di programmazione dei lavori e degli acquisti di beni e servizi si considerano approvati con il DUP senza necessità di ulteriori deliberazioni.

Gli Enti locali con popolazione fino ai 5.000 abitanti possono redigere il DUP in forma semplificata (DUPS). Ai sensi del par. 8.4 dell'Allegato 4.1 al D.lgs. 118/2011, il DUPS individua le principali scelte che caratterizzano il programma dell'amministrazione da realizzare nel corso del mandato amministrativo e gli indirizzi generali di programmazione riferiti al periodo di mandato.

Il successivo paragrafo 8.4.1. ha altresì istituito, per i Comuni con popolazione fino a 2.000 abitanti, il c.d. DUP super-semplificato, ossia una forma ulteriormente semplificata di tale documento, che illustra le spese programmate e le entrate previste per il loro finanziamento, in parte corrente e in parte investimenti. Il DUP dovrà, in qualsiasi caso, contenere il piano degli investimenti e il relativo finanziamento.

Ne segue che l'attività di programmazione dei contratti pubblici dei Comuni deve avvenire, in ossequio al vincolo di coerenza finanziaria di cui all'art. 21, contestualmente all'attività di programmazione economico-finanziaria dell'Ente, avuto riguardo, da un lato, alle opere da realizzare e agli acquisti da effettuare, dall'altro, alle risorse finanziarie disponibili. Il bilancio è, infatti, funzionale a conciliare i diversi ambiti di programmazione delle amministrazioni pubbliche, rappresentando il momento di consolidamento effettivo delle scelte programmate attraverso l'appostamento delle specifiche voci di finanziamento degli interventi nei diversi capitoli di spesa. In questo modo possono essere finanziate opere e acquisti solo mediante entrate certe e programmate, riducendo l'alea connessa alla programmazione finanziaria virtuale che connotava il precedente sistema.

Dal punto di vista pratico, ciò comporta che i programmi dei lavori e degli acquisti sono approvati unitamente al DUP, di cui costituiscono un allegato.

4. Il regolamento attuativo

L'art. 21, co. 8, D.lgs. 50/2016 rimetteva a un decreto attuativo del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, da adottarsi di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previo parere del CIPE e d'intesa con la Conferenza unificata, la disciplina di dettaglio circa: a) le modalità di aggiornamento dei programmi e dei relativi elenchi annuali; b) i criteri per la definizione degli ordini di priorità, per l'eventuale suddivisione in lotti funzionali, nonché per il riconoscimento delle condizioni che consentano di modificare la programmazione e di realizzare un intervento o procedere a un acquisto non previsto nell'elenco annuale; c) i criteri e le modalità per favorire il completamento delle opere incompiute; d) i criteri per l'inclusione dei lavori nel programma e il livello di progettazione

minimo richiesto per tipologia e classe di importo; e) gli schemi tipo e le informazioni minime che essi devono contenere, individuate anche in coerenza con gli standard degli obblighi informativi e di pubblicità relativi ai contratti; f) le modalità di raccordo con la pianificazione dell'attività dei soggetti aggregatori e delle centrali di committenza ai quali le stazioni appaltanti delegano la procedura di affidamento.

Tale regolamento, recante *“procedure e schemi-tipo per la redazione e la pubblicazione del programma triennale dei lavori pubblici, del programma biennale per l'acquisizione di forniture e servizi e dei relativi elenchi annuali e aggiornamenti annuali”*, è stato adottato con decreto del Ministro delle Infrastrutture n. 14 del 16 gennaio 2018. Prima della sua entrata in vigore si applicava, a norma dell'art. 21, co. 9, la disciplina transitoria di cui all'art. 216, co. 3. La disciplina attuativa verrà sinteticamente richiamata nel prosieguo.

5. Il programma triennale dei lavori pubblici

Il programma triennale dei lavori pubblici è definito dall'art. 3, co. 1, lett. gggggg-sexies, D.lgs. 50/2016, come il documento che le amministrazioni adottano al fine di individuare i lavori da avviare nel triennio, necessari al soddisfacimento dei fabbisogni rilevati e valutati dall'amministrazione preposta. Esso contiene i lavori di valore stimato superiore a 100.000 euro; al di sotto di tale soglia la programmazione dei lavori non è obbligatoria.

Ai sensi del secondo comma dell'art. 21 D.lgs. 50/2016 devono essere inserite nel programma triennale dei lavori anche le opere incompiute ai fini del loro completamento, oppure per l'individuazione di soluzioni alternative, quali il riutilizzo, la cessione a titolo di corrispettivo per la realizzazione di altra opera pubblica, la vendita o la demolizione. In questo modo si cerca di favorire l'effettivo compimento di tali opere prima di programmarne altre.

L'elenco annuale dei lavori è, invece, *“l'elenco degli interventi ricompresi nel programma triennale dei lavori pubblici di riferimento, da avviare nel corso della prima annualità del programma stesso”* (art. 3, co. 1, lett. gggggg-septies).

I lavori inseriti nel programma triennale e nei relativi aggiornamenti indicano, previa attribuzione del CUI, i lavori da avviare nella prima annualità, per i quali deve essere riportata l'indicazione dei mezzi finanziari stanziati sullo stato di previsione o sul proprio bilancio, ovvero disponibili in base a contributi o risorse pubbliche. Per inserire i lavori nell'elenco annuale, le amministrazioni aggiudicatrici devono approvare preventivamente il progetto di fattibilità tecnica ed economica. Se è previsto il documento di fattibilità delle alternative progettuali di cui all'art. 23, co. 5, esso va approvato prima dell'inserimento dell'intervento nel programma. Il programma comprende altresì i lavori complessi e gli interventi suscettibili di essere realizzati attraverso contratti di concessione o di partenariato pubblico privato.

Nell'elencazione delle fonti di finanziamento vanno indicati, ai sensi dell'art. 21, co. 5, anche i beni immobili disponibili e cedibili, nonché i beni immobili nella disponibilità dell'Amministrazione concessi in diritto di godimento, a titolo di contributo, la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera da affidare in concessione.

Passando alle disposizioni attuative, il precitato DM n. 14 del 2018 fornisce, all'art. 3, gli schemi - tipo per la programmazione triennale dei lavori pubblici, costituiti dalle seguenti schede:

A: quadro delle risorse necessarie alla realizzazione dei lavori previsti dal programma, articolate per annualità e fonte di finanziamento;

B: elenco delle opere pubbliche incompiute;

C: elenco degli immobili disponibili ivi compresi quelli resi disponibili per insussistenza dell'interesse pubblico al completamento di un'opera pubblica incompiuta;

D: elenco dei lavori del programma con indicazione degli elementi essenziali per la loro individuazione;

E: lavori che compongono l'elenco annuale, con indicazione degli elementi essenziali per la loro individuazione;

F: elenco dei lavori presenti nel precedente elenco annuale non riproposti o a cui si è rinunciato.

Ogni lavoro o lotto funzionale riportato nel programma è individuato univocamente dal codice unico di intervento (CUI) e per ognuno di essi è altresì indicato il CUP, tranne i casi di manutenzione ordinaria.

Inoltre, in base all'art. 3, co. 6, del medesimo decreto ministeriale, per ciascun lavoro deve essere riportato l'importo complessivo stimato necessario per la sua realizzazione, comprensivo delle forniture e dei servizi ad esso connessi inseriti nella programmazione biennale degli acquisti di beni e servizi. L'elenco annuale indica per ciascun lavoro l'importo complessivo del relativo quadro economico.

Il programma indica altresì la priorità dei lavori valutata su tre livelli secondo la surriferita scheda D. Il regolamento impone di attribuire la priorità massima ai lavori di ricostruzione, riparazione e ripristino conseguenti a calamità naturali, e, in subordine, ai lavori di completamento di opere pubbliche incompiute.

Il successivo art. 4 fissa i criteri di inclusione delle opere pubbliche incompiute nei programmi triennali di lavori pubblici e nei relativi elenchi annuali.

Il programma è redatto ogni anno, scorrendo l'annualità pregressa e aggiornando i programmi precedentemente approvati, senza riproporre i lavori per i quali sia stata già avviata la procedura di affidamento (art. 5, co. 1 e 2, DM 14/2018). I programmi sono modificabili nel corso dell'anno, per le ipotesi previste all'art. 5, co. 9, previa apposita approvazione dell'organo competente.

Un lavoro non inserito nell'elenco annuale può comunque essere realizzato, ai sensi dell'art. 5, co. 11, se sia reso necessario da eventi imprevedibili o calamitosi o da sopravvenute disposizioni di legge o regolamentari, nonché sulla base di un autonomo piano finanziario che non utilizzi risorse già previste tra i mezzi finanziari dell'amministrazione al momento della formazione dell'elenco, avviando le procedure di aggiornamento della programmazione.

6. Il programma biennale degli acquisti di beni e servizi

L'art. 3, co. 1, lett. ggggg-quinquies) definisce il programma biennale degli acquisti di beni e servizi come *“il documento che le amministrazioni adottano al fine di individuare gli acquisti di forniture e servizi da disporre nel biennio, necessari al soddisfacimento dei fabbisogni rilevati e valutati dall'amministrazione preposta”*.

Mentre l'elenco annuale delle acquisizioni di forniture e servizi è definito dalla successiva lett. gggg-octies) come *“l'elenco delle acquisizioni di forniture e dei servizi ricompresi nel programma biennale di riferimento, da avviare nel corso della prima annualità del programma stesso”*.

Il programma, di durata biennale, contiene gli acquisti di beni e servizi di importo unitario stimato pari o superiore a 40.000 euro.

Al suo interno sono altresì individuati i bisogni che possono essere soddisfatti con capitali privati. Per le acquisizioni di beni e servizi informatici e di connettività le amministrazioni devono fare riferimento a quanto previsto dall'art. 1, co. 513, della l. n. 208/2015 in relazione al Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione.

Il DM n. 14/2018 fornisce gli schemi-tipo anche per la programmazione biennale degli acquisti di forniture e servizi, prevedendo le seguenti schede:

A: quadro delle risorse necessarie alle acquisizioni previste dal programma, articolate per annualità e fonte di finanziamento;

B: elenco degli acquisti del programma con indicazione degli elementi essenziali per la loro individuazione. Nella scheda sono indicati le forniture e i servizi connessi ad un lavoro, riportandone il relativo CUP ove previsto;

C: elenco degli acquisti presenti nella precedente programmazione biennale non riproposti o a cui si è rinunciato.

Ogni acquisto di forniture e servizi riportato nel programma è individuato univocamente dal CUI e per ognuno di essi è riportato, se previsto, il CUP. Entrambi i codici vengono mantenuti nei programmi biennali nei quali l'acquisto è riproposto, salvo modifiche sostanziali del progetto che ne alterino la possibilità di precisa individuazione.

Ai sensi dell'art. 6, co. 5 del citato regolamento, nel programma biennale sono riportati gli importi degli acquisti di forniture e servizi risultanti dalla stima del valore complessivo, ovvero, per gli acquisti di forniture e servizi ricompresi nell'elenco annuale, gli importi del prospetto economico delle acquisizioni medesime.

Come accennato in relazione ai lavori, il programma biennale contiene altresì gli oneri di progettazione nonché le acquisizioni di forniture e servizi connessi alla realizzazione di lavori previsti nella programmazione triennale dei lavori pubblici o di altre acquisizioni di forniture e servizi previsti nella programmazione biennale. Gli importi relativi a tali acquisizioni, qualora già ricompresi nell'importo complessivo o nel quadro economico del lavoro o acquisizione a cui sono connessi, non sono computati ai fini della quantificazione delle risorse complessive del programma.

Il programma biennale stabilisce l'ordine di priorità, dovendo dare precedenza ai servizi e alle forniture necessari in conseguenza di calamità naturali, per garantire gli interessi pubblici primari, agli acquisti aggiuntivi per il completamento di forniture o servizi, nonché alle forniture e ai servizi cofinanziati con fondi europei, e alle forniture e ai servizi per i quali ricorra la possibilità di finanziamento con capitale privato maggioritario. Le amministrazioni tengono conto di tali priorità, fatte salve le modifiche dipendenti da eventi imprevedibili o calamitosi, o da sopravvenute disposizioni di legge o regolamentari ovvero da atti amministrativi adottati a livello statale o regionale (art. 6, co. 11).

Le amministrazioni individuano, nell'ambito della propria organizzazione, la struttura e il soggetto referente per la redazione del programma biennale degli acquisti di forniture e servizi (art. 6, comma 13).

Il programma è redatto ogni anno, scorrendo l'annualità pregressa ed aggiornando i programmi precedentemente approvati, senza riproporre nel programma successivo un acquisto di una fornitura o di un servizio per il quale sia già stata avviata la procedura di affidamento (art. 7, co. 1 e 2). I programmi biennali sono modificabili nel corso dell'anno, previa apposita approvazione dell'organo competente, per le ipotesi previste all'art. 7, co. 8.

In presenza di eventi imprevedibili o calamitosi o di sopravvenute disposizioni di legge o regolamentari possono essere realizzati un servizio o una fornitura sebbene non inseriti nell'elenco annuale quando siano necessari per fronteggiare la situazione, oppure se possono essere realizzati sulla base di un autonomo piano finanziario che non utilizzi risorse già previste tra i mezzi finanziari dell'amministrazione al momento della formazione dell'elenco, avviando le procedure di aggiornamento della programmazione.

7. Pubblicità degli atti di programmazione

L'art. 21, co. 7, D.lgs. 50/2016 prevede che *“il programma biennale degli acquisti di beni e servizi e il programma triennale dei lavori pubblici, nonché i relativi aggiornamenti annuali sono pubblicati sul profilo del committente, sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e dell'Osservatorio di cui all'articolo 213, anche tramite i sistemi informatizzati delle regioni e delle provincie autonome di cui all'articolo 29, comma 4.”*

A questo proposito, l'art. 16 della l.r. n. 3/2020² in allora vigente prevedeva che *“Al fine di assolvere agli obblighi informativi e di pubblicità di cui agli articoli 21, comma 7, e 29, comma 2, del d.lgs. 50/2016, le stazioni appaltanti accreditate presso la sezione regionale dell'osservatorio dei contratti pubblici si avvalgono del sistema informativo in uso presso la sezione regionale dell'osservatorio dei contratti pubblici, interconnesso tramite cooperazione applicativa con la rete del Servizio Contratti Pubblici (SCP), costituito presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per unificare e centralizzare la pubblicazione dei bandi, degli avvisi, degli esiti di gara e dei relativi atti, nonché della programmazione triennale dei lavori pubblici e la programmazione biennale di servizi e forniture, con le modalità stabilite con deliberazione della Giunta regionale, adottata, per quanto di competenza degli enti locali valdostani e delle loro forme associative, d'intesa con il Consiglio permanente degli enti locali”.*

In sostanza, la legge regionale, successivamente abrogata a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice (*infra*), stabiliva l'interconnessione tra il sistema informativo della sezione regionale dell'Osservatorio dei contratti pubblici e quello del MIT, anche con riferimento alla pubblicazione degli atti di programmazione.

Per i lavori, il precitato DM n. 14/2018 stabiliva un sistema di consultazione preliminare dello schema del programma triennale e dell'elenco annuale, che dovevano essere pubblicati sul profilo del committente dando la possibilità di presentare eventuali osservazioni nei trenta giorni successivi. L'approvazione definitiva del programma triennale, unitamente all'elenco annuale dei lavori, avveniva entro trenta giorni dalla scadenza delle

² Come sostituito dal comma 6 dell'art. 20 della l.r. 9 aprile 2021, n. 6 e successivamente abrogato dalla lett. i) del comma 1 dell'art. 7 della l.r. 29 gennaio 2024, n. 2).

consultazioni oppure, in assenza di consultazione, entro sessanta giorni dalla pubblicazione. Il programma era successivamente pubblicato in formato open data sul profilo del committente, nella sezione *Amministrazione trasparente*, nonché sui siti informatici del MIT e dell'Osservatorio regionale dei contratti pubblici. Le amministrazioni potevano adottare ulteriori forme di pubblicità nel rispetto di tali termini.

Se, per l'assenza di lavori o acquisti, le amministrazioni non redigevano il programma triennale dei lavori o programma biennale degli acquisti di beni e servizi, ne dovevano dare comunque comunicazione sul profilo del committente nella sezione «Amministrazione trasparente» di cui al D.lgs. 33/2013 nonché sui siti informatici di cui agli articoli 21, comma 7 e 29 del codice.

Il DM n. 14/2018 estendeva gli obblighi di pubblicità sopra richiamati (art. 21, co. 7, e art. 29, co. 1 e 2) alle modifiche ai programmi triennali dei lavori e ai programmi biennali degli acquisti di forniture e servizi, sicché anche tali atti dovevano essere pubblicati sul sito internet del committente nonché su quelli del MIT e dell'Osservatorio.

Più precisamente, l'art. 29, co. 1, prevedeva la pubblicazione e l'aggiornamento sul profilo del committente, nella sezione *Amministrazione trasparente*, di tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento e l'esecuzione di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni. Ai sensi del secondo comma, le informazioni relative a tali atti sono gestite e trasmesse tempestivamente alla Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici dell'ANAC attraverso le piattaforme telematiche ad essa interconnesse, gestite dall'Autorità attraverso la sezione centrale e quelle regionali dell'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

8. La disciplina del D.lgs. 36/2023

In tema di programmazione, il D.lgs. n. 36/2023 riprende la struttura del precedente codice. L'art. 37 - omologo dell'art. 21 D.lgs. 50/2016 e rubricato *“Programmazione dei lavori e degli acquisti di beni e servizi”* - contiene una disciplina organica comune per la programmazione dei lavori e delle acquisizioni di beni e servizi, nonché delle norme specifiche per ognuna di esse. Il nuovo articolo appare più conciso del precedente, vuoi per la revisione stilistica e redazionale del testo normativo, vuoi per la collocazione in allegato delle disposizioni di dettaglio e attuazione.

Il nuovo codice riafferma il ruolo centrale della programmazione nella gestione delle procedure di spesa secondo parametri di qualità ed efficienza, quale attività indefettibile per la corretta ricognizione dei fabbisogni delle amministrazioni e la dettagliata organizzazione delle procedure di gara necessarie per soddisfarli.

Tuttavia introduce anche alcune novità in ottica di semplificazione. La prima consiste nell'allineamento dell'orizzonte temporale a tre anni per entrambe le tipologie di programmazione - lavori e acquisizioni di beni e servizi -, fatti salvi gli aggiornamenti annuali.

L'art. 37, co. 1, lett. a), ribadisce - come già il previgente art. 21 - il principio di coerenza tra l'approvazione dei programmi e il bilancio delle amministrazioni aggiudicatrici, nonché, per gli enti locali, con le norme della programmazione economico-finanziaria e i principi

contabili. La relazione illustrativa del codice ha precisato che il riferimento ai principi contabili, quali sanciti dal D.lgs. n. 118/2021 (v. *supra*), è stato inserito in ragione dello stretto collegamento tra la programmazione gestionale (acquisti, lavori) e quella finanziaria alla luce della necessità di stanziamento delle risorse a bilancio (che ha natura autorizzatoria della spesa). In particolare, come già ricordato in precedenza, i principi informatori della programmazione in ambito contabile sono, a mente dell'allegato 4.1 del D.lgs. 118/2011, il rispetto delle compatibilità economico-finanziarie e la verifica della possibile evoluzione della gestione dell'ente.

Nello stesso ordine di idee, la lett. b) dell'art. 37, co. 1, D.lgs. 36/2023 stabilisce di specificare per ogni opera nell'elenco annuale dei lavori la fonte di finanziamento stanziata o comunque disponibile.

Valgono, per il resto, le considerazioni sopra svolte riguardo al DUP e alla connessione vincolante tra la programmazione in ambito dei contratti pubblici e le previsioni di bilancio, che per gli enti locali deve, inoltre, avvenire secondo le norme della programmazione economico-finanziaria e i principi contabili.

In ottica di semplificazione, il secondo comma dell'art. 37 introduce delle nuove soglie minime per l'inserimento nel documento di programmazione dei lavori e degli acquisti, facendole coincidere con quelle previste per gli affidamenti diretti dall'art. 50 rispettivamente alle lett. a) e b). Ne discende che devono essere inseriti soltanto i lavori, compresi quelli complessi e da realizzare tramite concessione o partenariato pubblico-privato, di valore pari o superiore a € 150.000, nonché gli acquisti di beni e servizi di valore pari o superiore a € 140.000.

I lavori di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea di cui all'art. 14, co. 1 possono essere 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, ad eccezione dei lavori di manutenzione, ordinaria e straordinaria, di qualunque importo, per i quali la redazione di tale documento è rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione.

Come per il precedente codice, neppure l'art. 37 si applica alla pianificazione delle attività dei soggetti aggregatori e delle centrali di committenza.

9. La pubblicità nel nuovo codice

Il nuovo Codice prevede la digitalizzazione di tutte le procedure dei contratti pubblici, in linea con il PNRR e con i principi della legge delega. L'obiettivo è, infatti, digitalizzare l'intera procedura degli appalti pubblici e realizzare una completa banca dati dei contratti pubblici, attraverso l'acquisizione di dati e la creazione di documenti *nativo digitali* tramite piattaforme di e-procurement che interagiscano con le banche dati esistenti. Rispetto al Codice previgente, la digitalizzazione si estende a tutto il ciclo vita del contratto pubblico, dalla programmazione (CUP e CIG) sino alla sua completa esecuzione. In tale contesto, assume rilevanza centrale la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (BDNCP), gestita da ANAC, che raccoglie gli atti delle stazioni appaltanti sulla programmazione, sulla scelta del contraente, sull'aggiudicazione e sull'esecuzione di lavori, servizi e forniture relativi a tutte

le procedure di affidamento, compresi i concorsi di progettazione e i concorsi di idee e le concessioni.

Il D.lgs. 36/2023 conferma il duplice regime di pubblicità dei contratti pubblici, prevedendo obblighi sia di pubblicità legale sia di pubblicazione per finalità di trasparenza. Per quel che concerne la pubblicità legale, viene individuata, in maniera innovativa rispetto al Codice previgente, la Banca dati nazionale dei contratti pubblici come unico collettore nazionale (eSender). È inoltre previsto l'invio unico dei dati, da parte delle stazioni appaltanti, all'ANAC, in forza del principio cd. *once only*, al fine di alimentare la banca dati dei contratti pubblici.

Ai sensi dell'art. 27 D.lgs. 36/2023, gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici; la documentazione di gara è resa costantemente disponibile attraverso le piattaforme di approvvigionamento digitale e attraverso i siti istituzionali delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti.

Quanto alla trasparenza, le informazioni e i dati relativi alla programmazione di lavori, servizi e forniture, nonché alle procedure del ciclo di vita dei contratti pubblici, devono essere trasmessi, ai sensi dell'art. 28 D.lgs. 36/2023, alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici attraverso le medesime piattaforme digitali. Le stazioni appaltanti assicurano il collegamento tra la sezione «Amministrazione trasparente» del proprio sito istituzionale e la BDNCP. Anche l'art. 38, co. 2, D.lgs. 33/2013, mantenendo fermi gli obblighi di pubblicazione di cui all'art. 37 D.lgs. 36/2023, impone alle pubbliche amministrazioni di pubblicare tempestivamente gli atti di programmazione delle opere pubbliche, nonché le informazioni relative ai tempi, ai costi unitari e agli indicatori di realizzazione delle opere pubbliche in corso o completate. Tali informazioni sono poi raccolte e pubblicate dal Ministero dell'economia e delle finanze d'intesa con l'Autorità nazionale anticorruzione nei propri siti web istituzionali.

Come il previgente art. 21 D.lgs. 50/2016, il quarto comma dell'art. 37 del nuovo codice disciplina la pubblicità dei programmi triennali e dei relativi aggiornamenti annuali, disponendone la pubblicazione sul sito istituzionale della stazione appaltante e nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici, senza fare, tuttavia, più menzione del sito informatico del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e dell'Osservatorio.

Alcune norme di dettaglio sulla pubblicazione dei programmi triennali sono contenute nell'Allegato I.5 (*infra*).

10. L'Allegato I.5 del nuovo codice

Con l'Allegato I.5, avente valore regolamentare, sono definiti gli elementi della programmazione dei lavori e dei servizi e, più nello specifico: a) gli schemi tipo, gli ordini di priorità degli interventi e la specificazione delle fonti di finanziamento; b) le condizioni per modificare la programmazione e per 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.

Come confermato dalla relazione illustrativa, l'Allegato I.5 riprende il contenuto del precitato DM 14/2018 senza particolari variazioni, fatti ovviamente salvi i dovuti adattamenti

alla nuova terminologia e ai nuovi istituti introdotti dal D.lgs. 36/2023. L'allegato consta di nove articoli di cui i primi due ne chiariscono l'oggetto e forniscono le definizioni dei termini utilizzati. I successivi articoli dettano, invece, disposizioni specifiche per l'attività di programmazione dei lavori (artt. 3, 4 e 5) e degli acquisti (artt. 6 e 7). Gli artt. 8, 9 e 10 costituiscono, infine, norme di chiusura dedicate ad aspetti residuali. Di seguito si riporta una breve sintesi dell'allegato rinviando per il resto a quanto già esposto a proposito del DM 14/2018, data la sostanziale identità di disciplina.

Il programma triennale dei lavori

L'art. 3 definisce il contenuto minimo del programma triennale dei lavori pubblici, stabilendo che le stazioni appaltanti devono inserire anche i lavori pubblici suddivisi in lotti funzionali. Lo stesso articolo elenca, poi, gli schemi tipo per la programmazione triennale dei lavori pubblici, che svolgono la funzione di documenti guida per le Amministrazioni, costituiti dalle schede ivi individuate (analoghe a quelle del DM 14/2018)³.

Con il correttivo (D.lgs. n. 209/2024) è stato previsto un supporto informativo da parte dei soggetti che gestiscono la piattaforma Servizio Contratti Pubblici (SCP) del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e le piattaforme di approvvigionamento digitale, certificate per la fase di programmazione, per la compilazione di tali schemi-tipo (anche nei programmi per l'acquisto di beni e servizi).

Ogni lavoro o lotto funzionale riportato nel programma è individuato univocamente dal codice unico di intervento (CUI), e per ognuno di essi è altresì indicato il CUP, tranne i casi di manutenzione ordinaria.

L'art. 3, co. 6, dell'All. I.5 prevede, inoltre, che per ciascun lavoro deve essere riportato l'importo complessivo stimato necessario per la sua realizzazione, comprensivo delle forniture e dei servizi ad esso connessi inseriti nella programmazione biennale degli acquisti di beni e servizi. L'elenco annuale riporta per ciascun lavoro l'importo complessivo del relativo quadro economico.

Le stazioni appaltanti devono anche indicare il livello di priorità dell'opera inserita all'interno della programmazione. In proposito, il comma 11 dell'art. 3 attribuisce massima priorità ai lavori di ricostruzione, riparazione e ripristino conseguenti a calamità naturali, e, in subordine, agli interventi di prevenzione sismica sugli edifici strategici e agli interventi di previsione e mitigazione del rischio idrogeologico, ai lavori di completamento di opere

³ A: quadro delle risorse necessarie alla realizzazione dei lavori previsti dal programma, articolate per annualità e fonte di finanziamento;

B: elenco delle opere pubbliche incompiute;

C: elenco degli immobili disponibili che possono essere oggetto di cessione, ivi compresi quelli resi disponibili per insussistenza dell'interesse pubblico al completamento di un'opera pubblica incompiuta. Sono, altresì, indicati i beni immobili nella disponibilità della stazione appaltante o dell'ente concedente concessi in diritto di godimento, a titolo di contributo, la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera da affidare in concessione;

D: elenco dei lavori del programma con indicazione degli elementi essenziali per la loro individuazione;

E: lavori che compongono l'elenco annuale, con indicazione degli elementi essenziali per la loro individuazione;

F: elenco dei lavori presenti nel precedente elenco annuale nei casi previsti dall'articolo 5, comma 3.

pubbliche incompiute nonché a quelli finanziati con PNRR e Piano complementare al PNRR.

Le stazioni appaltanti, nella realizzazione dei lavori, devono attenersi alle priorità indicate nell'elenco annuale dei lavori, salvo i lavori imposti da eventi imprevedibili o calamitosi, nonché le modifiche dipendenti da sopravvenute disposizioni di legge o regolamentari ovvero da atti amministrativi adottati a livello statale o regionale.

Le amministrazioni individuano, nell'ambito della propria organizzazione, la struttura e il soggetto referente per la redazione del programma triennale dei lavori pubblici. Il referente riceve le proposte, i dati e le informazioni fornite dai RUP ai fini del coordinamento delle proposte da inserire nella programmazione e provvede ad accreditarsi presso la piattaforma Servizio Contratti Pubblici (SCP) o presso le piattaforme di approvvigionamento digitale.

L'art. 5 conferma che le amministrazioni ogni anno devono procedere alla programmazione triennale delle opere pubbliche effettuando, in primo luogo, l'aggiornamento di quanto previsto nei precedenti programmi. Lo schema del programma triennale dei lavori e l'elenco annuale proposto dal referente responsabile del programma, una volta adottati, sono pubblicati sul sito istituzionale del committente - nella sezione Amministrazione Trasparente - e trasmessi alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

In continuità con la precedente disciplina, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono consentire la presentazione di eventuali osservazioni entro trenta giorni dalla pubblicazione. L'approvazione definitiva del programma triennale, unitamente all'elenco annuale dei lavori, avviene entro trenta giorni dalla scadenza delle consultazioni o, in assenza di consultazioni, entro sessanta giorni dalla pubblicazione. Essa si perfeziona con la pubblicazione del programma sul sito istituzionale nella sezione Amministrazione Trasparente - in formato "*open data*", ossia in un formato che garantisca la lettura da parte di qualsiasi programma e privo di restrizioni nel suo utilizzo - e con la comunicazione alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti procedono all'aggiornamento del programma triennale dei lavori pubblici e del relativo elenco annuale entro novanta giorni dalla data di decorrenza degli effetti del proprio bilancio o documento equivalente, secondo l'ordinamento proprio di ciascuna amministrazione. Per gli enti locali, come previsto all'art. 37, l'approvazione dei programmi deve avvenire secondo le norme della programmazione economico-finanziaria e i principi contabili, sicché restano ferme le previsioni di cui all'art. 172 TUEL in tema di bilancio di previsione (v. *supra*).

Se le stazioni appaltanti o gli enti concedenti non redigono il programma triennale dei lavori pubblici per assenza di lavori, ne danno comunque comunicazione sul proprio sito istituzionale nella sezione "Amministrazione trasparente" e alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

I programmi triennali di lavori pubblici sono modificabili nel corso dell'anno, previa apposita approvazione dell'organo competente, da individuarsi, per gli enti locali, secondo la tipologia della modifica, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 37, comma 1, del codice,

se ricorrono le ipotesi previste dall'art. 5, co. 9, dell'All. I.5⁴. Anche i programmi così modificati devono essere pubblicati con le modalità sopra descritte e devono essere trasmessi alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

Infine, a mente del comma 11 dell'art. 5 dell'all. I.5, un lavoro non inserito nell'elenco annuale può comunque essere realizzato: i) quando si renda necessario a causa di eventi imprevedibili, di calamità o di sopravvenute disposizioni di legge o regolamentari; ii) sulla base di un autonomo piano finanziario che non utilizzi risorse già previste tra i mezzi finanziari della stazione appaltante o dell'ente concedente al momento della formazione dell'elenco, avviando le procedure di aggiornamento della programmazione.

La programmazione triennale degli acquisti di beni e servizi

Per quel che concerne la programmazione triennale degli acquisti di beni e servizi, come già evidenziato, le novità di maggior rilievo sono l'allineamento dell'arco temporale triennale con quello già previsto per i lavori pubblici, nonché l'innalzamento della soglia minima a € 140.000 (rispetto a € 40.000) del valore dei contratti da inserire obbligatoriamente nella programmazione.

Anche per tale programma sono previsti, all'art. 6, degli schemi-tipo di riferimento costituiti dalle schede ivi individuate⁵.

Ogni acquisto di beni e servizi riportato nel programma è individuato univocamente dal CUI nonché, se previsto, dal CUP. Entrambi i codici sono mantenuti nei programmi triennali nei quali l'acquisto è riproposto, salvo modifiche sostanziali del progetto che ne alterino la possibilità di precisa individuazione.

Ai sensi dell'art. 6, co. 5 del citato regolamento, nel programma biennale sono esposti gli importi degli acquisti di forniture e servizi risultanti dalla stima del valore complessivo, ovvero, per gli acquisti di forniture e servizi ricompresi nell'elenco annuale, gli importi del prospetto economico delle acquisizioni medesime.

Il programma triennale contiene altresì gli oneri di progettazione di cui all'art. 41, co. 10, D.lgs. 36/2023 nonché le acquisizioni di forniture e servizi connessi alla realizzazione di lavori previsti nella programmazione triennale dei lavori pubblici o di altre acquisizioni di forniture e servizi previsti nella programmazione biennale. Gli importi relativi a tali acquisizioni, qualora già ricompresi nell'importo complessivo o nel quadro economico del lavoro o acquisizione a cui sono connessi, non sono computati ai fini della quantificazione

⁴ Le modifiche devono, cioè, riguardare: a) la cancellazione di uno o più lavori già previsti nell'elenco annuale; b) l'aggiunta di uno o più lavori in conseguenza di atti amministrativi adottati a livello statale o regionale; c) l'aggiunta di uno o più lavori per la sopravvenuta disponibilità di finanziamenti all'interno del bilancio non prevedibili al momento della prima approvazione del programma, ivi comprese le ulteriori risorse disponibili anche a seguito di ribassi d'asta o di economie; d) l'anticipazione della realizzazione, nell'ambito dell'elenco annuale di lavori precedentemente previsti in annualità successive; e) la modifica del quadro economico dei lavori già contemplati nell'elenco annuale, per la quale si rendano necessarie ulteriori risorse.

⁵ G: quadro delle risorse necessarie alle acquisizioni previste dal programma, articolate per annualità e fonte di finanziamento;

H: elenco degli acquisti del programma con indicazione degli elementi essenziali per la loro individuazione nonché l'eventuale connessione con un lavoro riportandone il CUP, ove previsto;

I: elenco degli acquisti presenti nella precedente programmazione triennale non riproposti o per i quali si è rinunciato all'acquisizione.

delle risorse complessive del programma. Tali acquisizioni, oltre a essere individuate da un proprio CUI, sono altresì associate al CUI e al CUP, ove previsto, del lavoro e dell'acquisizione connessi.

Il programma stabilisce l'ordine di priorità degli acquisti, individuando come prioritari i servizi e i beni necessari in conseguenza di calamità naturali, per garantire gli interessi pubblici primari, gli acquisti aggiuntivi per il completamento di beni o servizi, nonché i beni e i servizi cofinanziati con fondi europei, e i beni e i servizi per i quali ricorra la possibilità di finanziamento con capitale privato maggioritario, fatte salve le modifiche dipendenti da eventi imprevedibili o calamitosi, o da sopravvenute disposizioni di legge o regolamentari ovvero da atti amministrativi adottati a livello statale o regionale (art. 6, co. 11).

L'elenco delle acquisizioni di beni e servizi di importo stimato superiore a 1 milione di euro inseriti nel programma triennale è comunicato dalle amministrazioni, entro il mese di ottobre, al Tavolo tecnico dei soggetti aggregatori mediante trasmissione al portale dei soggetti aggregatori, anche tramite i sistemi informatizzati regionali.

Le amministrazioni individuano, nell'ambito della propria organizzazione, la struttura e il soggetto referente per la redazione del programma biennale degli acquisti di forniture e servizi (art. 6, comma 13).

Il programma è redatto ogni anno, scorrendo l'annualità pregressa ed aggiornando i programmi precedentemente approvati, senza riproporre nel programma successivo un acquisto di una fornitura o di un servizio per il quale sia già stata avviata la procedura di affidamento (art. 7, co. 1 e 2). I programmi biennali sono modificabili nel corso dell'anno, previa apposita approvazione dell'organo competente, per le ipotesi previste all'art. 7, co. 8⁶.

In presenza di eventi imprevedibili o calamitosi o di sopravvenute disposizioni di legge o regolamentari possono essere realizzati un servizio o una fornitura sebbene non inseriti nell'elenco annuale quando siano necessari per fronteggiare la situazione, ovvero se possono essere altresì realizzati sulla base di un autonomo piano finanziario che non utilizzi risorse già previste tra i mezzi finanziari dell'amministrazione al momento della formazione dell'elenco, avviando le procedure di aggiornamento della programmazione.

La pubblicazione, l'aggiornamento e la modifica del programma triennale degli acquisti di beni e servizi è del tutto analoga a quella prevista per il programma triennale dei lavori - e ricalca la previgente disciplina del DM 14/2018 -, e pertanto, per non appesantire la trattazione, si rinvia a quanto esposto in precedenza.

⁶ I programmi triennali degli acquisti di beni e servizi sono modificabili se le modifiche riguardano: a) la cancellazione di uno o più acquisti già previsti nell'elenco annuale delle acquisizioni di beni e servizi; b) l'aggiunta di uno o più acquisti in conseguenza di atti amministrativi adottati a livello statale o regionale; c) l'aggiunta di uno o più acquisti per la sopravvenuta disponibilità di finanziamenti all'interno del bilancio non prevedibili al momento della prima approvazione del programma, ivi comprese le ulteriori risorse disponibili anche a seguito di ribassi d'asta o di economie; d) l'anticipazione alla prima annualità dell'acquisizione di una fornitura o di un servizio ricompreso nel programma triennale degli acquisti; e) la modifica del quadro economico degli acquisti già contemplati nell'elenco annuale, per la quale si rendano necessarie ulteriori risorse.

II. Il certificato di regolare esecuzione

1. Inquadramento

Il certificato di regolare esecuzione era regolato, nella vigenza del D.lgs. 50/2016, dall'art. 102, che disciplinava il collaudo dei lavori e la verifica di conformità dei servizi e delle forniture sia sotto l'aspetto organizzativo, individuando i soggetti tenuti a svolgere tali attività, sia sotto quello procedimentale, circa le modalità e le tempistiche di rilascio dei certificati.

Infatti, alla scadenza del termine contrattuale prefissato, l'appaltatore consegna l'opera o l'acquisto oggetto del contratto all'amministrazione appaltante, che, prima di procedere all'accettazione e al pagamento, deve verificarne la regolarità. In particolare, i contratti pubblici sono soggetti a collaudo per i lavori e a verifica di conformità per i servizi e le forniture, al fine di certificare che l'oggetto del contratto in termini di prestazioni, obiettivi nonché di caratteristiche tecniche, economiche e qualitative sia stato realizzato ed eseguito nel rispetto delle previsioni e delle pattuizioni contrattuali (art. 102, co. 2). Tali operazioni non rappresentano un'attività autonoma e distinta rispetto al contratto di appalto, bensì l'atto finale attraverso cui l'appaltatore è liberato definitivamente.

L'art. 102, co. 2, D.lgs. 50/2016 prevedeva, per i contratti pubblici di lavori di importo superiore a 1 milione di euro e inferiore alla soglia di cui all'art. 35, che, in determinate ipotesi⁷, il certificato di collaudo potesse essere sostituito dal certificato di regolare esecuzione rilasciato per i lavori dal direttore dei lavori. Per i lavori di importo pari o inferiore a 1 milione di euro e per le forniture e i servizi di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, le stazioni appaltanti avevano sempre la facoltà di sostituire il certificato di collaudo o il certificato di verifica di conformità con il certificato di regolare esecuzione. Tale certificato, per i lavori, doveva essere rilasciato dal direttore dei lavori, mentre, per i servizi e le forniture, dal responsabile unico del procedimento, in entrambi i casi non oltre tre mesi dalla data di ultimazione delle prestazioni oggetto del contratto, come già previsto dal DPR n. 207/2010 (art. 237), adottato nella vigenza del D.lgs. 163/2006, ma richiamato quale disciplina applicabile in via transitoria anche dal D.lgs. 50/2016 in forza del combinato disposto degli artt. 102, co. 8, e 216, co. 16.

Il certificato di regolare esecuzione semplifica decisamente le operazioni di collaudo e di verifica di conformità, in quanto consiste in un unico atto, espressione del potere discrezionale dell'amministrazione appaltante, che viene adottato al di fuori del procedimento e dello schema del contraddittorio tipico di tali altri certificati. Anch'esso attesta che le prestazioni oggetto del contratto sono state eseguite nel rispetto degli obiettivi e delle caratteristiche tecniche, economiche e qualitative previste nel contratto, nonché delle eventuali pattuizioni concordate in sede di aggiudicazione o affidamento. Si tratta, in altri termini, di un giudizio in merito al rispetto delle obbligazioni dedotte in contratto e all'esecuzione alle regole dell'arte rientrante nella fase di esecuzione del contratto (Cons. St. V, n. 5917/2014).

⁷ Cioè nei casi espressamente individuati dal regolamento di cui all'art. 216, co. 27-ocites e, sino alla sua entrata in vigore, in conformità al DPR 5 ottobre 2010 n. 207 *ex* art. 216, co. 16, D.lgs. 50/2016.

All'esito positivo del rilascio del certificato di regolare esecuzione, il responsabile unico del procedimento rilascerà il certificato di pagamento ai fini dell'emissione della fattura da parte dell'aggiudicatario (cfr. art. 113 *bis* D.lgs. 50/2016, nonché art. 8, co. 4, d.l. 76/2020).

2. La disciplina del nuovo codice

Anche il nuovo Codice disciplina, all'art. 116, le attività di collaudo dei lavori e di verifica di conformità dei servizi e delle forniture, riproducendo sostanzialmente il precitato art. 102 D.lgs. 50/2016, seppur con una diversa organizzazione del testo e con alcune novità, tra cui la collocazione di alcune disposizioni di dettaglio nell'All. II.14.

Restano comunque immutate le finalità sottese a tali operazioni: da una parte, certificare che l'oggetto dell'appalto è stato realizzato ed eseguito a regola d'arte quanto a prestazioni, obiettivi, nonché a caratteristiche tecniche, economiche e qualitative, nel rispetto delle previsioni tecniche dettate dalle leggi di settore e dalle pattuizioni contrattuali prestabilite; dall'altra, controllare che i dati risultanti dalla contabilità e dai documenti giustificativi corrispondano fra loro e con le risultanze di fatto, non solo per dimensioni, forma e quantità, ma anche per qualità dei materiali, dei componenti e delle provviste. Invero, l'elemento contabile è altrettanto centrale a quello più squisitamente tecnico (cfr. Cass. I, n. 2075/2022; TAR Piemonte II, n. 109/2022).

Per ciò che qui rileva, giova evidenziare l'eliminazione dall'art. 116 D.lgs. 36/2023 - rispetto all'art. 102, co. 2, D.lgs. 50/2016 - di ogni riferimento ai contratti sotto soglia europea, a cui è riservata la parte I del libro II del Codice. Al riguardo, l'art. 50, co. 7, consente, in via generale per tali contratti, alle stazioni appaltanti di 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 va emesso non oltre tre mesi dalla data di ultimazione delle prestazioni oggetto del contratto.

L'art. 116, co. 7, D.lgs. 36/2023 rinvia, inoltre, al precitato All. II.14 quanto alle modalità tecniche e ai tempi di svolgimento del collaudo, nonché ai casi in cui il certificato di collaudo dei lavori e il certificato di verifica di conformità possono essere sostituiti dal certificato di regolare esecuzione - al di fuori dell'ipotesi dei contratti sotto soglia *ex* art. 50, co. 7. Tale allegato, avente valore regolamentare, è rubricato *“Direzione dei lavori e direzione dell'esecuzione dei contratti. Modalità di svolgimento delle attività della fase esecutiva. Collaudo e verifica di conformità”*.

Con riferimento ai lavori, l'art. 13, co. 3, dell'All. II.14 stabilisce come regola generale che il certificato di collaudo è sempre richiesto salvi i casi stabiliti dallo stesso allegato in cui il collaudo può essere sostituito dal più semplice certificato di regolare esecuzione. L'art. 28 All. II.14 consente, infatti, alla stazione appaltante di avvalersi del certificato di regolare esecuzione in due ipotesi: a) per lavori di importo pari o inferiore a 1 milione di euro; b) per i lavori di importo superiore a 1 milione di euro e inferiore alla soglia di cui all'articolo 14,

comma 1, lettera a) del codice, a condizione che si ricada nelle esclusioni espressamente elencate dalla disposizione⁸.

Il certificato di regolare esecuzione deve contenere almeno i seguenti elementi:

- a) gli estremi del contratto e degli eventuali atti aggiuntivi;
- b) l'indicazione dell'esecutore;
- c) il nominativo del direttore dei lavori;
- d) il tempo prescritto per l'esecuzione delle prestazioni e le date delle attività di effettiva esecuzione delle prestazioni;
- e) l'importo totale ovvero l'importo a saldo da pagare all'esecutore;
- f) la certificazione di regolare esecuzione.

In maniera analoga alla disciplina previgente, il certificato di regolare esecuzione è emesso dal direttore dei lavori entro tre mesi dalla data di ultimazione dei lavori ed è immediatamente trasmesso al RUP che ne prende atto e ne conferma la completezza. A seguito della sua emissione si procede al pagamento dell'appaltatore.

Il D. Lgs. 209/2024 ha, poi, inserito una previsione specifica all'art. 11, co. 11 *bis*, All. II.14 per i lavori di importo inferiore a 40.000 euro, consentendo la tenuta di una contabilità semplificata, previa verifica da parte del direttore dei lavori della corrispondenza del lavoro svolto con quanto fatturato, tenendo conto dei lavori effettivamente eseguiti. In questi casi il certificato di regolare esecuzione può essere sostituito con l'apposizione del visto del direttore dei lavori sulle fatture di spesa.

Per gli acquisti di beni e servizi, l'art. 38 All. II.14 dispone parimenti che la stazione appaltante, per le prestazioni contrattuali di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, può sostituire il certificato di verifica di conformità con il certificato di regolare esecuzione emesso dal direttore dell'esecuzione - laddove nominato - e confermato dal RUP. Il certificato di regolare esecuzione deve contenere gli stessi elementi sopra individuati in relazione ai lavori - con l'unica differenza che si indicherà il nominativo del direttore dell'esecuzione, ove previsto, e non quello del direttore dei lavori. Il certificato di regolare esecuzione, emesso dal direttore dell'esecuzione, è trasmesso al RUP che ne prende atto e ne conferma la completezza.

L'art. 38, diversamente dai lavori, non prevede un termine finale entro cui debba essere rilasciato il certificato di regolare esecuzione in sostituzione del certificato di verifica di conformità. Va, tuttavia, osservato che, ai sensi dell'art. 36, co. 4, All. II.14 la verifica di conformità va avviata entro trenta giorni dall'ultimazione della prestazione, salvo un diverso termine esplicitamente previsto dal contratto. Inoltre, a mente del secondo comma dell'art. 36, quando le particolari caratteristiche del contratto non consentono la verifica di conformità per la totalità delle prestazioni, è possibile effettuare idonei controlli a campione. La verifica di conformità deve concludersi, ai sensi del successivo comma 8, entro il termine

⁸ Non si deve, cioè, trattare di una delle seguenti tipologie di opere o interventi: "1) opere di nuova realizzazione o esistenti, classificabili in classe d'uso III e IV ai sensi delle vigenti norme tecniche per le costruzioni, a eccezione dei lavori di manutenzione; 2) opere e lavori di natura prevalentemente strutturale quando questi si discostino dalle usuali tipologie o per la loro particolare complessità strutturale richiedano più articolate calcolazioni e verifiche; 3) lavori di miglioramento o adeguamento sismico; 4) opere di cui al Libro IV, Parte II, Titolo IV, Parte III, Parte IV e Parte VI del codice; 5) opere e lavori nei quali il RUP svolge anche le funzioni di progettista o direttore dei lavori."

stabilito dal contratto e comunque non oltre sessanta giorni dall'ultimazione della prestazione, oppure entro il diverso termine previsto nell'ordinamento della singola stazione appaltante⁹, e, in qualsiasi caso, non oltre sei mesi dall'ultimazione delle prestazioni *ex art.* 116, co. 2, D.lgs. 36/2023.

Sicché si può ritenere che i medesimi termini valgano per l'emissione del certificato di regolare esecuzione relativo ai servizi e alle forniture, essendo un atto equipollente al certificato di verifica di conformità. Pertanto esso dovrà essere rilasciato, di regola, entro sessanta giorni dall'ultimazione della prestazione, salvo diversi termini contrattuali o dell'ordinamento della singola stazione appaltante, ma comunque non oltre sei mesi dall'ultimazione della prestazione, termine espressamente ridotto a tre mesi per i contratti sotto la soglia di rilevanza europea *ex art.* 50, co. 7.

Vale, in ultimo, sottolineare che ai sensi dell'art. 226 D.lgs. 36/2023 le disposizioni del D.lgs. 50/2016 continuano ad applicarsi, nonostante l'efficacia del nuovo Codice, ai procedimenti in corso, sicché le procedure già avviate e i contratti già stipulati restano regolati dal codice previgente e, in particolare, per quanto qui interessa, dall'art. 102 D.lgs. 50/2016 con riferimento alla fase dell'esecuzione.

⁹ L'art. 36, co. 8, soggiunge altresì che: *“Qualora non sia possibile rispettare il termine di cui al primo periodo, il soggetto incaricato della verifica provvede a darne comunicazione, indicandone le relative cause, all'esecutore e al RUP, con l'indicazione dei provvedimenti da assumere per la ripresa e il completamento delle operazioni di verifica di conformità. Nel caso di ritardi attribuibili al soggetto incaricato della verifica di conformità, il RUP assegna un termine non superiore a quindici giorni per il completamento delle operazioni, decorsi i quali, propone alla stazione appaltante la revoca dell'incarico, ferma restando la responsabilità di detto soggetto per gli eventuali danni derivanti dall'omessa ultimazione delle operazioni entro il termine assegnato.”*

III. Gli obblighi di comunicazione delle varianti

1. La disciplina del D.lgs. 50/2016

L'art. 106 D.lgs. 50/2016 disciplinava i casi di *“modifica di contratti durante il periodo di efficacia”* senza necessità di una nuova procedura di affidamento. Tale disposizione recepiva l'art. 72 della direttiva 2014/24/UE, nonché l'art. 89 direttiva 2015/25/UE, attuando quanto previsto dall'art. 1, comma 1, lett. ee), della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11. La normativa europea, a sua volta, recepiva i principi affermati dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea secondo cui le modifiche del contratto comportanti una modifica minore del suo valore e sino a un determinato valore dovrebbero essere sempre possibili senza richiedere una nuova procedura d appalto (cfr. Considerando n. 107 e ss. Dir. n. 24/2014/UE).

È quindi possibile modificare i contratti, anche su base negoziale, ma con precisi limiti volti a escludere che, nella fase di esecuzione del contratto, si arrivi a una rinegoziazione svincolata da parametri predeterminati sin dalla fase di scelta del contraente o comunque che incida su elementi essenziali o condizioni del contratto che avrebbero potuto influire sul risultato della procedura comparativa, con ciò pregiudicando la tutela della concorrenza cui l'intera procedura comparativa è preordinata. Invero, le modifiche contrattuali durante il rapporto possono pregiudicare la condizione di parità tra gli offerenti e alterare i presupposti su cui è stata effettuata la scelta del contraente.

Ecco perché l'art. 106 sanciva, in via generale, il divieto di apportare modifiche - sia oggettive sia soggettive - al contratto pubblico senza ricorrere a una nuova procedura di gara. Tale principio ha, tuttavia, carattere relativo¹⁰ ed è bilanciato da una serie di eccezioni che, all'interno di un perimetro predefinito dal legislatore, consentono all'amministrazione di apportare delle modifiche contrattuali senza dover indire una nuova procedura e senza che l'appaltatore possa rifiutarsi di eseguirle.

L'art. 106 racchiudeva così una serie di fattispecie, anche molto eterogenee tra loro, che si esamineranno brevemente nel prosieguo prima di concentrarsi sugli obblighi di comunicazione che ne conseguono.

2. Le modifiche consentite

I casi in cui è consentito, nel codice previgente, apportare modifiche ai contratti pubblici senza una nuova procedura di affidamento sono contenuti nei primi due commi dell'art. 106 D.lgs. 50/2016. In estrema sintesi:

- Le modifiche che, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che ne fissino la natura, la portata e le condizioni di impiego (co. 1, lett. a)). Esse possono comprendere clausole di revisione dei prezzi nonché fare riferimento alle variazioni dei prezzi e ai costi standard, ove definiti. Tali clausole non devono, però, alterare la natura generale del contratto;

¹⁰ In questi termini, Corte giust. UE, VIII, 7 settembre 2016, in C. 549-14; T.A.R. Toscana I, n. 228/2022, confermata da Cons. St. V, n. 10635/2022, e T.A.R. Piemonte I, n. 180/ 2023. *Contra* T.A.R. Calabria (Catanzaro) I, n. 279/2023.

- Le modifiche per lavori, servizi o forniture “*supplementari*” non inclusi nell'appalto iniziale e divenuti necessari in corso di esecuzione (co. 1, lett. b)). Tali prestazioni supplementari sono ammesse qualora il cambiamento del contraente risulti impraticabile per motivi economici o tecnici e comporti, nel contempo, per l'amministrazione “*notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi*”. Nei settori ordinari tali modifiche non possono superare il 50% del valore dell'appalto iniziale (co. 7);

- Le “*varianti in corso d'opera*” propriamente dette (art. 1, lett. c)), ossia le modifiche “*derivanti da circostanze impreviste o imprevedibili*”, ivi compresa la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti. L'imprevedibilità implica l'assenza di colpe da parte dell'amministrazione. Tale modifica non deve comunque alterare la natura generale del contratto né eccedere, nei settori ordinari, il 50% del valore del contratto iniziale (co. 7);

- Le modifiche di natura soggettiva (co. 1, lett. d)). Nonostante il carattere personale del contratto di appalto, il legislatore consente in alcune ipotesi tassative di sostituire l'aggiudicatario con un nuovo contraente¹¹;

- Le modifiche c.d. non sostanziali (co. 1, lett. e)), ossia quelle che non alterano considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente stipulato. Ai sensi dell'art. 106, quarto comma, una modifica è sostanziale se si verifica almeno una delle seguenti condizioni:

a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto 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 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) se un nuovo contraente sostituisce quello cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lett. d);

- Le modifiche di valore inferiore (co. 2): i) alla soglia di rilevanza comunitaria per il contratto in questione; ii) al 10% del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e fornitura e al 15% del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori. Tale modifica non deve alterare la natura complessiva del contratto o dell'accordo quadro. In caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche. Si ritiene, peraltro, che il doppio limite individuato dalla disposizione attenga sia al valore della modifica sia al valore del contratto, di talché esso

¹¹ Tali circostanze, ai sensi dell'art. 106, co. 1, lett. d), sono: 1) presenza di clausole di revisione inequivocabili nei documenti di gara originari, 2) successione all'aggiudicatario iniziale, a causa di morte o a seguito di ristrutturazioni societarie, di 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 la disciplina codicistica; 3) assunzione, da parte dell'amministrazione, degli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori.

non deve comunque superare le soglie di rilevanza europea per effetto della modifica¹². Qualora la necessità di modificare il contratto derivi da errori o da omissioni nel progetto esecutivo, che pregiudichino in tutto o in parte la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione, la modifica è consentita solo entro i suesposti limiti quantitativi, ferma restando la responsabilità dei progettisti esterni;

I presupposti legittimanti la modifica del contratto in fase di esecuzione vanno letti in combinato disposto con la disciplina del c.d. “*quinto d’obbligo*” ex art. 106, co. 12. Il quinto d’obbligo rappresenta, infatti, il limite entro cui l’amministrazione può disporre le variazioni contrattuali senza che l’appaltatore possa avvalersi della risoluzione del contratto, eterointegrando così il contratto originariamente stipulato. Trattasi di un limite meramente quantitativo coincidente con un aumento o una diminuzione pari al quinto dell’importo complessivo dell’opera quale risultante dal contratto. Tale sopravvenienza, peraltro, non concorre alla determinazione della soglia di rilevanza comunitaria e alla determinazione del valore stimato dell’appalto¹³.

Importa precisare che, come chiarito nel Comunicato del Presidente dell'ANAC reso il 23 marzo 2021 previo confronto con il Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili, il quinto d’obbligo non può essere inteso come un’ipotesi autonoma e ulteriore di modifica contrattuale rispetto ai casi previsti ai commi 1 e 2 dell’art. 106 D.lgs. 50/2016, tale cioè da prescindere da tali presupposti. Invero, l’art. 106, co. 12, D.lgs. 50/2016 specifica soltanto che, al ricorrere delle ipotesi di cui al primo comma lett. c) e al secondo comma dello stesso articolo, se la modifica è contenuta entro il quinto dell’importo originario, l’amministrazione può imporre all’appaltatore la relativa esecuzione alle condizioni del contratto originario senza che quest’ultimo possa far valere il diritto alla risoluzione del contratto; se, invece, la modifica della prestazione eccede il quinto d’obbligo, l’appaltatore potrà richiedere la rinegoziazione delle condizioni contrattuali e, in caso di esito negativo, chiedere la risoluzione del contratto.

3. Gli obblighi di pubblicazione

In via generale, il previgente codice degli appalti pubblici prevedeva all’art. 29 un regime di obblighi di pubblicazione a fini di trasparenza che si aggiungeva e si affiancava a quanto già previsto in materia dal c.d. decreto trasparenza (d.lgs. n. 33/2013), al precipuo fine di enfatizzare la sua rilevanza in questo settore economico, quale strumento di controllo diffuso da parte del cittadino e di prevenzione della corruzione. Tale regime di pubblicità rispondeva a finalità informativo/conoscitive, essendo volto cioè ad assicurare a tutti i cittadini la trasparenza nel settore degli affidamenti pubblici in ragione della loro importanza nell’ambito delle funzioni pubbliche, viepiù che i contratti pubblici rientrano tra le attività amministrative a maggiore rischio di corruzione.

Tale regime di pubblicità non va, tuttavia, confuso con gli obblighi di pubblicazione produttivi di effetti legali. Nel settore degli appalti pubblici si delinea, infatti, un doppio

¹² Caringella, Giustiniani, Mantini (a cura di), *Trattato dei contratti pubblici*, Roma, 2021.

¹³ Così T.A.R. Lombardia (Milano) II, n. 284/2020.

regime di pubblicità¹⁴: da un lato, quella che viene assicurata nell'ambito della sezione «Amministrazione trasparente» per favorire un controllo diffuso e garantire la trasparenza amministrativa; dall'altro, la pubblicazione degli atti di gara con valore di pubblicità legale sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC e, nella vigenza del precedente Codice, sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana e sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea.

In estrema sintesi, ai sensi dell'art. 29 D.lgs. 50/2016, tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici relativi alla programmazione, alle procedure per l'affidamento e l'esecuzione di appalti pubblici, alla composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti, dovevano essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione *"Amministrazione trasparente"*, secondo le disposizioni di cui al precitato D.lgs. 33/2013. Tali informazioni dovevano essere altresì gestite e trasmesse tempestivamente alla Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici dell'ANAC attraverso le piattaforme telematiche ad essa interconnesse, anche con la collaborazione delle regioni e delle province autonome dello Stato.

Quanto alla pubblicità legale, l'art. 36, co. 9, D.lgs. 50/2016 prescriveva, per i contratti sotto soglia, che *"i bandi e gli avvisi sono pubblicati sul profilo del committente della stazione appaltante e sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC di cui all'articolo 73, comma 4, con gli effetti previsti dal comma 5 del citato articolo"*. Inoltre, l'art. 73 D.lgs. 50/2016, rubricato *"Pubblicazione a livello nazionale"*, stabilisce, al quarto comma, che *"gli avvisi e i bandi sono, altresì, pubblicati senza oneri sul profilo del committente della stazione appaltante e sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC, in cooperazione applicativa con i sistemi informatizzati delle regioni e le piattaforme regionali di e-procurement"*. La pubblicità nazionale dei bandi e degli avvisi trovava la sua disciplina anche nel decreto 2 dicembre 2016, n. 108824 del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti¹⁵, cui lo stesso art. 73 rinviava per la definizione degli indirizzi generali di pubblicazione.

Da tale articolato discende che la pubblicità nazionale si realizzava attraverso la pubblicazione dei bandi e degli avvisi sul profilo del committente, sulla piattaforma digitale ANAC e sulla piattaforma informatica del MIT¹⁶. I contratti di lavori di importo inferiore a € 500.000 e di servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea - per i quali l'art. 5 del precitato decreto rinviava a un successivo decreto la definizione delle modalità di pubblicazione - erano sottratti dall'obbligo di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, come previsto per tutti i contratti a seguito dell'attivazione della piattaforma digitale dei bandi di gara dell'ANAC.

4. Gli obblighi di comunicazione delle modifiche contrattuali

¹⁴ Sulle due tipologie di pubblicità si rinvia all'intervento del Consiglio di Stato (Cons. St., Ad. plen., n. 12/2020).

¹⁵ Decreto abrogato dall'art. 226, comma 4, del D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, con efficacia a decorrere dal 1° gennaio 2024, come stabilito dall'art. 226, comma 4. Per le disposizioni transitorie si veda l'art. 225 D.Lgs. 36/2023.

¹⁶ L'art. 3, co. 4, del DM 2 dicembre 2016, n. 108824 dispone, infatti, che *"Ai sensi dell'art. 29 del codice, gli stessi sono altresì pubblicati sulla piattaforma informatica del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, anche tramite i sistemi informatizzati regionali e le piattaforme regionali di e-procurement interconnesse tramite cooperazione applicativa"*.

Venendo ora agli obblighi di comunicazione riguardanti le modifiche contrattuali, il quarto comma dell'art. 106 D.lgs. 50/2016 prevede uno specifico sistema di adempimenti pubblicitari e informativi per le prestazioni supplementari (co. 1, lett. b)) e per le varianti in corso d'opera (co. 1, lett. b)). La stazione appaltante deve, infatti, pubblicare un avviso nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, conformemente all'art. 72 per i settori ordinari e all'art. 130 per i settori speciali, mentre - per ciò che rileva ai fini della presente trattazione - per i contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria la pubblicità avviene in ambito nazionale (e quindi sul profilo del committente, sul portale ANAC e sul portale del MIT, v. *supra*).

Per le medesime modifiche (*i.e.* prestazioni supplementari e varianti in corso d'opera), l'art. 106, co. 8, introduce un ulteriore adempimento informativo a carico delle stazioni appaltanti, ossia la comunicazione della variante all'ANAC entro trenta giorni dal loro perfezionamento¹⁷. Nel caso di mancata o tardiva comunicazione, l'ANAC può irrogare alla stazione appaltante una sanzione amministrativa di importo compreso tra 50 e 200 Euro per ogni giorno di ritardo. A mente della medesima disposizione, l'ANAC provvede a pubblicare sul proprio sito web l'elenco delle modificazioni comunicate, indicando l'opera, l'amministrazione o l'ente aggiudicatore, l'aggiudicatario, il progettista e il valore della modifica.

Per le sole varianti in corso d'opera di cui all'art. 106, primo comma, lett. c), il comma 14 della medesima disposizione prevede altresì che quelle relativi a lavori, servizi e forniture inferiori alla soglia comunitaria, nonché quelle di importo inferiore o pari al 10% dell'importo originario del contratto relative a contratti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, siano comunicate dal RUP all'Osservatorio dei contratti pubblici, tramite le sezioni regionali, entro trenta giorni dall'approvazione per le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza. Mentre nei contratti pubblici di importo pari o superiore alla soglia comunitaria le varianti in corso d'opera che eccedono il 10% dell'importo originario del contratto devono essere trasmesse dal RUP all'ANAC nel medesimo termine unitamente al progetto esecutivo, all'atto di validazione e ad una apposita relazione del RUP. Se l'ANAC accerta l'illegittimità della variante in corso d'opera approvata, esercita i poteri di cui all'art. 213 D.lgs. 50/2016 applicando, in caso di inadempimento agli obblighi di comunicazione e trasmissione delle varianti in corso d'opera previsti, le sanzioni amministrative pecuniarie di cui al comma 13 del medesimo art. 213.

In definitiva, le varianti in corso d'opera, oltre alla pubblicità informativa/conoscitiva nella sezione *“Amministrazione trasparente”* di cui all'art. 29 D.lgs. 50/2016, danno luogo ai seguenti adempimenti:

- Pubblicità a livello nazionale (art. 106, co. 5), attraverso la pubblicazione della modificazione contrattuale sul profilo del committente, sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC e sulla piattaforma informatica del MIT;

¹⁷ Per vero, tale comunicazione risultava già dovuta nell'ambito della pubblicità nazionale prescritta dal codice previgente.

- Comunicazione all'ANAC entro trenta giorni dal loro perfezionamento (art. 106, co. 8), pena la sanzione amministrativa di importo compreso tra 50 e 200 Euro per ogni giorno di ritardo;
- Comunicazione all'Osservatorio regionale dei contratti pubblici da parte del RUP entro trenta giorni dal loro perfezionamento (art. 106, co. 14), pena l'applicazione delle sanzioni amministrative *ex art.* 213, co. 13, D.lgs. 50/2016.

5. La disciplina del nuovo codice

Il nuovo codice degli appalti pubblici riproduce all'art. 120 la disciplina dell'art. 106 D.lgs. 50/2016 in tema di modifiche ai contratti già conclusi senza necessità di una nuova procedura di affidamento (v. *supra*), introducendo qualche elemento distintivo. Per ciò che rileva ai fini della presente trattazione si evidenziano le seguenti novità:

- Il cambiamento terminologico della rubrica dell'articolo, ora intitolato "*modifica dei contratti in corso di esecuzione*" - anziché "*durante il periodo di efficacia*" - in maniera più coerente con le fasi dell'appalto;
- Il rinvio espresso all'art. 60 D.lgs. 36/2023 quanto alla disciplina delle clausole di revisione dei prezzi, prima contenuta nell'art. 106 D.lgs. 50/2016;
- L'introduzione di una nozione unitaria di variante sostanziale, come tale vietata dalle direttive europee sopra richiamate, grazie all'inserimento del concetto di "*non alterazione*" della "*natura generale del contratto*" nei commi riguardanti le modifiche consentite (1, 3 e 5);
- L'ampliamento della portata delle varianti in corso d'opera;
- Il coordinamento, espressamente richiamato al comma 8¹⁸, tra la disciplina sulle modifiche contrattuali consentite e il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale di cui all'art. 9 del nuovo Codice;
- La necessità per le stazioni appaltanti di stabilire il c.d. quinto d'obbligo sin dai documenti di gara iniziali;
- La soppressione delle disposizioni dell'art. 106, co. 9 e 10, D.lgs. 50/2016 relative al c.d. errore progettuale, ora trasferite nella parte del nuovo Codice dedicata alla progettazione (da art. 41 ad art. 47 D.lgs. 36/2023) per una migliore organizzazione normativa;
- Lo spostamento nell'All.II.14 delle previsioni di dettaglio, quali i casi di comunicazione e trasmissione all'ANAC di modifiche e varianti in corso d'opera (*infra*).

6. Le modifiche consentite

Anche nel nuovo Codice è netta la dicotomia tra modifiche contrattuali consentite e non consentite. Come detto, stante il generale divieto di apportare modifiche al contratto, i contratti di appalto possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento soltanto nei casi espressamente previsti dall'art. 120 D.lgs. 36/2023, quali di seguito brevemente riassunti:

¹⁸ Secondo l'art. 120, co. 8, "*Il contratto è sempre modificabile ai sensi dell'articolo 9 e nel rispetto delle clausole di rinegoziazione contenute nel contratto.*"

- Le modifiche che, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono consistere anche in clausole di opzione (co. 1, lett. a)), come già previsto dall'art. 106, co. 1, lett. a), D.lgs. 50/2016. Nel nuovo Codice tali clausole possono consistere anche in *"clausole d'opzione"*, per loro natura a contenuto variabile e pertanto caratterizzate da una condizione di sostanziale libertà;

- Le modifiche - sulla scorta del previgente art. 106, co. 1, lett. b) - per lavori, servizi o forniture *"supplementari"* non inclusi nell'appalto iniziale, qualora un cambiamento risulti impraticabile per motivi economici o tecnici e comporti, nel contempo, per la stazione appaltante notevoli disagi o un sostanziale incremento - e non più *"duplicazione"* - di costi (co. 1, lett. b)). Viene ribadito che l'aumento di prezzo non deve eccedere il 50% del valore del contratto iniziale. Nel caso di modifiche successive - che non possono comunque eludere la disciplina codicistica - tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica;

- Le *"varianti in corso d'opera"* propriamente dette (art. 1, lett. c)), ossia quelle modifiche derivanti da *"circostanze imprevedibili"*, per le quali valgono le considerazioni sopra svolte stante la sostanziale convergenza con l'art. 106, co. 1, lett. c). Il nuovo Codice ha soltanto effettuato una precisazione terminologica di alcune fattispecie in conformità alla direttiva europea (numeri 3 e 4)¹⁹;

- Le modifiche di natura soggettiva (co. 1, lett. d)), con disciplina invariata rispetto al previgente art. 106, co. 1, lett. d);

- Le modifiche, che non alterino la struttura del contratto o dell'accordo quadro né l'operazione economica sottesa, di valore inferiore (co. 3): i) alla soglia di rilevanza comunitaria per il contratto in questione; ii) al 10% del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e fornitura e al 15% del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori. La disposizione riprende integralmente il contenuto dell'art. 106, co. 2, D.lgs. 50/2016, a cui pertanto si rimanda per ogni ulteriore considerazione (v. *supra*);

- Le modifiche c.d. *"non sostanziali"* (commi 5, 6 e 7, che sostituiscono il comma 1, lett. e) dell'art. 106 D.lgs. 50/2016), definite anche qui *a contrario* mediante l'indicazione dei casi in cui la modifica è, invece, sostanziale. Ai sensi del comma 6, infatti, con formulazione non dissimile rispetto al testo previgente - a cui pertanto si rinvia -, una modifica è sostanziale se altera *considerevolmente la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa*". Il comma 7 chiarisce che non sono considerate sostanziali le modifiche al progetto volte: i) a garantire *risparmi*" di spesa che possano essere utilizzate in compensazione per far fronte a variazioni in aumento dei costi delle lavorazioni; ii) a

¹⁹ I contratti di appalto possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento *ex art. 120, co. 1, lett. c)*, *"per le varianti in corso d'opera, da intendersi come modifiche rese necessarie in corso di esecuzione dell'appalto per effetto delle seguenti circostanze imprevedibili da parte della stazione appaltante, fatti salvi gli ulteriori casi previsti nella legislazione di settore: 1) le esigenze derivanti da nuove disposizioni legislative o regolamentari o da provvedimenti sopravvenuti di autorità o enti preposti alla tutela di interessi rilevanti; 2) gli eventi naturali straordinari e imprevedibili e i casi di forza maggiore che incidono sui beni oggetto dell'intervento; 3) i rinvenimenti, imprevisi o non prevedibili con la dovuta diligenza nella fase di progettazione; 4) le difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non prevedibili dalle parti in base alle conoscenze tecnico-scientifiche consolidate al momento della progettazione"*.

realizzare *soluzioni equivalenti o migliorative in termini economici, tecnici o di tempi*” di completamento dell’opera;

- Le modifiche contrattuali previste dalle clausole di rinegoziazione del contratto (co. 8), secondo una previsione in parte innovativa, soprattutto se tali clausole non erano indicate nel contratto²⁰.

7. Gli obblighi di comunicazione

Il nuovo Codice prevede la digitalizzazione di tutte le procedure dei contratti pubblici, in linea con il PNRR e con i principi della legge delega. L’obiettivo è, infatti, digitalizzare l’intera procedura degli appalti pubblici e realizzare una completa banca dati dei contratti pubblici, attraverso l’acquisizione di dati e la creazione di documenti *nativo digitali*” tramite piattaforme di e-procurement che interagiscano con le banche dati esistenti. Rispetto al Codice previgente, la digitalizzazione si estende a tutto il ciclo vita del contratto pubblico, dalla programmazione (CUP e CIG) sino alla sua completa esecuzione. In tale contesto, assume rilevanza centrale la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (BDNCP), posta in comunicazione con le piattaforme digitali di e-procurement utilizzate dalle stazioni appaltanti per la digitalizzazione di tutte le fasi della gara pubblica.

Si riconferma il duplice regime di pubblicità dei contratti pubblici, essendo previsti sia obblighi di pubblicità legale sia obblighi di pubblicazione ai fini di trasparenza. Per quel che concerne la pubblicità legale, viene individuata, in maniera innovativa rispetto al Codice previgente, la Banca dati 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. È inoltre previsto l’invio unico dei dati, da parte delle stazioni appaltanti, all’ANAC, in forza del principio cd. *once only*, al fine di alimentare la banca dati dei contratti pubblici.

Più nel dettaglio, ai sensi dell’art. 27 D.lgs. 36/2023, gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici; la documentazione di gara è resa costantemente disponibile attraverso le piattaforme di approvvigionamento digitale e attraverso i siti istituzionali delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti.

Per la pubblicità in ambito nazionale, la Piattaforma per la pubblicità legale presso la BDNCP sostituisce la Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana per i bandi e gli avvisi relativi a procedure avviate dopo il 1° gennaio 2024. La pubblicità legale è gratuita, pertanto non vi sono più costi a carico degli operatori economici, né a carico delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti.

Per assicurare la pubblicità legale di bandi e avvisi è, invero, sufficiente che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti gestiscano la fase del ciclo di vita del contratto relativa alla

²⁰ In questi casi la richiesta di rinegoziazione non ha portata sospensiva dell’esecuzione delle prestazioni e fa sorgere in capo al RUP un marcato ruolo operativo, che si esplica attraverso la formulazione di una proposta di nuovo accordo tra le parti. 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.

pubblicazione mediante una piattaforma di approvvigionamento digitale, certificata per la fase di pubblicazione, senza necessità di diversificare le pubblicazioni né di svolgere ulteriori adempimenti specifici.

Quanto alla trasparenza, le informazioni e i dati relativi alla programmazione di lavori, servizi e forniture, nonché alle procedure del ciclo di vita dei contratti pubblici, devono essere trasmessi, ai sensi dell'art. 28, alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici attraverso le medesime piattaforme digitali. Le stazioni appaltanti assicurano il collegamento tra la sezione «Amministrazione trasparente» del proprio sito istituzionale e la BDNCP.

Quanto agli obblighi di comunicazione delle modifiche contrattuali, anche il nuovo Codice, sulla scorta del previgente art. 106, prevede un sistema di adempimenti pubblicitari e informativi.

In particolare, l'art. 120, co. 14, D.lgs. 36/2023 impone alle amministrazioni aggiudicatrici di pubblicare un avviso nella Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea con le informazioni e i contenuti previsti dall'All. II.16, ma per i contratti di importo inferiore alla soglia di rilevanza europea la pubblicità avviene in ambito nazionale (v. *supra*). Il comma 15 estende, poi, a tutte le tipologie di modifica del contratto, nonché alle varianti in corso d'opera, gli oneri di comunicazione e di trasmissione all'ANAC a cura del RUP quali individuati all'All. II.14.

Da parte sua, l'art. 5, co. 11, dell'All. II.14 si limita ad affermare che l'ANAC deve pubblicare le modificazioni contrattuali comunicate dalle amministrazioni appaltanti secondo quanto previsto dall'art. 28 D.lgs. 36/2023 (v. *supra*), senza prevedere adempimenti ulteriori a loro carico, atteso che, come già evidenziato, la gestione del ciclo di vita degli appalti in maniera digitalizzata attraverso le pertinenti piattaforme assicura già di per sé la pubblicità legale e la trasparenza.

Solo nei contratti di importo pari o superiore alla soglia di rilevanza europea il comma 11 dell'art. 5 All. II.14 pone un adempimento ulteriore per le varianti in corso d'opera di importo eccedente il 10 per cento dell'importo originario del contratto, incluse le varianti in corso d'opera riferite alle infrastrutture prioritarie, stabilendo - analogamente al previgente art. 106, co. 14 D.lgs. 50/2016 - che il RUP debba trasmetterla all'ANAC, entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante, unitamente al progetto esecutivo, all'atto di validazione e a una sua apposita relazione.

Sempre in base all'art. 120, co. 15, se l'ANAC accerta l'illegittimità della variante in corso d'opera approvata allora esercita i poteri di cui all'art. 222, e, in caso di inadempimento agli obblighi di comunicazione e trasmissione delle modifiche e delle varianti in corso d'opera di cui all'All. II.14, si applicano le sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art. 222, comma 13.

IV. L'indicazione dei soggetti invitati nell'avviso sui risultati della procedura

1. Il regime transitorio del dl 76/2020

Il d.l. n. 76 del 16 Luglio 2020 (cd. Decreto Semplificazioni), convertito dalla l. 11 settembre 2020 n. 120 e successivamente modificato dal d.l. n. 77 del 31 maggio 2021 (convertito dalla l. 29 luglio 2021 n. 108), ha introdotto forti elementi di innovazione nella disciplina dei contratti pubblici per contrastare le ricadute economiche conseguenti all'emergenza sanitaria da COVID-19. Tale regime derogatorio del codice dei contratti pubblici ha avuto una limitata applicazione temporale, trovando applicazione nelle procedure di affidamento la cui determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente fosse stato adottato entro il 30 giugno 2023. L'obiettivo era di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture attraverso la semplificazione delle procedure dei contratti pubblici, anche sotto il profilo della formalità connesse, nonché in materia di responsabilità del personale delle amministrazioni e di attività imprenditoriale, di ambiente e di green economy.

Per i contratti sotto soglia, l'art. 1, co. 2, lett. a), dl 76/2020 consentiva alle stazioni appaltanti di procedere all'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici (c.d. affidamento diretto puro) per lavori di importo inferiore a € 150.000 e per servizi e forniture, compresi i servizi di ingegneria e architettura e attività di progettazione, di importo inferiore a € 139.000, fermo restando il rispetto dei principi di cui all'art. 30 D.lgs. 50/2016 e la pregressa esperienza del soggetto nel settore.

L'art. 1, co. 2, lett. b) ammetteva altresì l'utilizzo generalizzato della procedura negoziata senza bando di cui all'art. 63 D.lgs. 50/2016, che da eccezionale diventava ordinaria nel regime derogatorio. La procedura doveva svolgersi, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenesse conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate, individuate in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a € 139.000 euro e fino alle soglie comunitarie e per l'affidamento di lavori di importo pari o superiore a € 150.000 e inferiore a un milione di euro. Per i lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alla soglia comunitaria occorreva, invece, invitare almeno dieci operatori.

A fare da contrappeso a tali semplificazioni e a tale maggiore speditezza procedurale, erano previsti una serie di adempimenti comunicativi e pubblicitari volti ad assicurare la più ampia trasparenza e pubblicità delle procedure di aggiudicazione. Più precisamente, ai sensi dell'art. 1, co. 2, lett. b), dl 76/2020, le stazioni appaltanti dovevano dare evidenza dell'avvio delle predette procedure negoziate senza bando mediante la pubblicazione di un avviso sui rispettivi siti internet istituzionali. Inoltre, per le procedure negoziate senza bando nonché per gli affidamenti diretti di cui all'art. 1, co. 2, lett. a), di importo pari o superiore a € 40.000, le stazioni appaltanti dovevano altresì pubblicare sul proprio sito internet l'avviso sui risultati

della procedura di affidamento indicando anche i soggetti invitati. Tale pubblicazione era soltanto facoltativa per gli affidamenti diretti di importo inferiore a € 40.000.

In proposito, la Checklist AGEA F di controllo (2.8-2.9), relativa agli affidamenti diretti e alle procedure negoziate semplificate sotto soglia, prevedeva espressamente di verificare, per le procedure indette durante l'emergenza sanitaria, se l'avviso sui risultati della procedura riportasse l'indicazione dei soggetti invitati²¹.

La pertinente Checklist riduzioni stabiliva: quanto agli affidamenti diretti *ex art. 1, co. 2, lett. a)*, la riduzione del 5% *"in caso di mancanza di trasparenza e/o di parità di trattamento"*, quanto alle procedure negoziate senza bando *ex art. 1, co. 2, lett. b)*, la riduzione del 25% se *"non è stata fatta alcuna pubblicazione e l'aggiudicatario non è stato messo a conoscenza dell'esito"* e del 5% se *"la pubblicazione non è avvenuta in modo conforme alla normativa"*.

Una previsione analoga non è, invece, rinvenibile nella Checklist AGEA M per i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, e pertanto la circostanza non è stata oggetto di controllo - tanto più che, di regola, tali contratti erano inferiori a € 40.000.

2. Il nuovo codice

Il D.lgs. 36/2023 ha raccolto le disposizioni relative ai contratti di importo inferiore alle soglie comunitarie nella parte I del libro II, a cui si aggiungono quelle di dettaglio contenute in due allegati (All. II.1 e All. II.2). La disciplina tiene conto della regolamentazione introdotta per i contratti c.d. sottosoglia dal surriferito dl 76/2020 e successive modifiche, riproponendo gran parte delle previsioni introdotte nel regime derogatorio.

Per ciò che qui rileva, l'art. 50 D.lgs. 36/2023 sostituisce il previgente art. 36 D.lgs. 50/2016 ponendosi in continuità, con alcune modifiche lessicali e alcune precisazioni innovative, con l'art. 1, comma 2, del dl 76/2020. La nuova disposizione riafferma la distinzione tra affidamenti diretti - ora espressamente esclusi dal novero delle procedure di gara²² - e procedure negoziate senza bando, fissando le rispettive soglie di ammissibilità²³.

²¹ Le caselle di riferimento sono la B3.11 e la C2.13.13, rispettivamente riferite all'affidamento diretto ai sensi dell'art. 1, co. 2, lett. a) del dl 76/2020 e alla procedura negoziata senza bando ai sensi della lett. b) della medesima disposizione.

²² L'affidamento diretto è, infatti, ai sensi dell'art. 3, co. 1, lett. d), dell'All. I.1, *"l'affidamento del contratto senza una procedura di gara, nel quale, anche nel caso di previo interpello di più operatori economici, la scelta è operata discrezionalmente dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, nel rispetto dei criteri qualitativi e quantitativi di cui all'articolo 50, comma 1 lettere a) e b), del codice e dei requisiti generali o speciali previsti dal medesimo codice"*.

²³ Ai sensi dell'art. 50, co. 1, l'affidamento di contratti pubblici di importo inferiore alle soglie comunitarie avviene con le seguenti modalità:

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

b) per servizi e forniture di importo inferiore a 140.000 euro: affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, a soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, eventualmente individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante;

c) per lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro: affidamento tramite procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori

Sono, tuttavia, previste delle specifiche misure di pubblicità aggiuntive rispetto a quelle già imposte dalla disciplina ordinaria. Innanzitutto, l'art. 50, co. 2, stabilisce che le stazioni appaltanti pubblicano sul proprio sito istituzionale i nominativi degli operatori consultati nell'ambito delle procedure di cui al comma 1 (*i.e.* affidamenti diretti e procedure negoziate senza bando). Vale precisare che anche negli affidamenti diretti la stazione appaltante può effettuare una previa consultazione tra operatori economici.

Inoltre, le stazioni appaltanti devono pubblicare sul proprio sito, ai sensi dell'art. 50, co. 2 *bis*²⁴, D.lgs. 36/2023, l'avviso della consultazione degli operatori economici nell'ambito delle procedure negoziate senza bando²⁵. I bandi e gli avvisi di pre-informazione relativi ai contratti sotto soglia 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. Si tratta di una semplificazione per le procedure ordinarie di importo inferiore alla soglia di rilevanza europea, per le quali dovrà essere realizzata la pubblicazione sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'Anac e sul sito istituzionale della stazione appaltante *ex art.* 85.

Infine, con riferimento alla conclusione delle procedure di affidamento dei contratti sottosoglia, viene esteso l'obbligo delle stazioni appaltanti di pubblicare l'avviso sui risultati delle procedure di affidamento per gli affidamenti diretti, a prescindere dal loro valore, ciò al fine di assicurare la trasparenza e conoscibilità dell'operato della stazione appaltante a fronte della maggiore semplificazione. L'art. 50, co. 9, prescrive, infatti, la pubblicazione dell'avviso sui risultati delle procedure di affidamento con le medesime modalità - *i.e.* BDNCP e sito istituzionale *ex art.* 85 -, precisando che, in caso di procedura negoziata senza bando, tale avviso deve contenere altresì l'indicazione dei soggetti invitati. Rispetto alla disciplina di cui all'art. 1 dl 76/2020 si notano alcune differenze: nel nuovo codice l'avviso sui risultati della procedura va sempre pubblicato, anche per gli affidamenti diretti, ma, in tali casi, senza l'indicazione dei soggetti invitati - potendo, invero, tale procedura prescindere dalla consultazione di altri operatori economici. Va peraltro sottolineato che il precitato art. 50, co. 2, nell'ambito della pubblicità ai fini di trasparenza, prescrive comunque alle stazioni appaltanti di pubblicare sul proprio sito istituzionale i nominativi degli operatori consultati nell'ambito delle procedure di cui al primo comma della medesima disposizione, ivi compresi dunque gli affidamenti diretti.

economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici;

d) per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie comunitarie: affidamento tramite procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno dieci operatori economici, ove esistenti, salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie di scelta del contraente di cui agli artt. 70 e ss. del Codice;

e) per servizi e forniture di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie comunitarie: affidamento tramite 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.

²⁴ Previsione inserita dal D.lgs. 209/2024 (c.d. Decreto correttivo).

²⁵ Il MIT ha chiarito, nel parere n. 3225/2025, che nell'affidamento diretto svolto tramite trattativa diretta MEPA la pubblicazione dell'avviso d'indagine di mercato non è dovuta.

V. Il mancato rispetto del termine di conclusione della procedura

1. Inquadramento

Il d.l. n. 76 del 16 Luglio 2020 (cd. Decreto Semplificazioni) aveva introdotto un'altra previsione temporanea per accelerare gli investimenti pubblici e velocizzare le procedure di affidamento dei contratti pubblici (v. anche *supra*).

L'art. 1, co. 1, dl 76/2020, con evidente intento acceleratorio, fissava, infatti, il termine massimo entro cui devono concludersi le procedure di affidamento previste dal successivo secondo comma. Più esattamente, si prevedeva che, salvo la sospensione disposta dall'autorità giudiziaria, l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente dovesse avvenire entro i seguenti termini decorrenti dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento: i) due mesi in caso di affidamento diretto (lett. a) ; ii) quattro mesi in caso di procedura negoziata (lett. b).

Il mancato rispetto di tali termini, così come la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio della sua esecuzione, potevano essere valutati, ai sensi del medesimo art. 1, co. 1, ai fini della responsabilità erariale del responsabile unico del procedimento, e, se imputabili all'operatore economico, potevano altresì costituire causa di esclusione o di risoluzione di diritto del contratto.

Per contro, si riteneva che la loro inosservanza non incidesse sulla validità delle relative procedure, che potevano legittimamente concludersi anche dopo il superamento di detti termini. Invero, i termini stabiliti dall'art. 1, co. 1 non hanno natura perentoria bensì meramente sollecitatoria, atteso che, per costante giurisprudenza, *la violazione del termine per la conclusione del procedimento, ove non sia espressamente qualificato dalla legge come perentorio, non determina la consumazione del potere in capo all'Amministrazione procedente e non rende di per sé solo illegittimo il provvedimento tardivamente adottato*" (in tal senso T.A.R. Lazio (Roma), I, n. 1805/2020; T.A.R. Lombardia, Milano, IV, n. 934/2019).

Del resto, si dubita che la durata massima di una procedura di gara possa essere normativamente stabilita, visto che essa è influenzata da un numero di variabili tali da rendere perfino illusorio il tentativo di fissare un termine perentorio (così TAR Marche (Ancona), I, n. 584/2020). Quello che, invece, il legislatore potrebbe fare è stabilire che se la gara non viene conclusa entro un certo termine gli atti compiuti fino a quel momento diventano inefficaci, oppure prevedere la perdita del finanziamento concesso alla stazione appaltante per l'appalto in questione (*ibidem*).

L'art. 1, co. 1, dl 76/2020 non è, tuttavia, del tutto chiaro quanto all'individuazione del momento da cui far decorrere tali termini (c.d. *dies a quo*). In effetti, mentre il primo periodo della disposizione determina l'ambito temporale di applicazione in base alla data di adozione della *determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente*", quello successivo, nel fissare i termini sopra descritti di durata massima, richiama soltanto *l'atto di avvio del procedimento*" senza menzionare la determina a contrarre.

La disposizione si presta a più letture possibili. Secondo l'opinione più diffusa²⁶, da un'interpretazione logico-sistematica del primo e del secondo periodo della disposizione discenderebbe che anche il termine di conclusione del procedimento decorre - al pari dell'ambito di applicazione temporale del dl 76/2020 - dalla data di adozione della determina a contrarre o, in mancanza, di un altro atto avente le stesse funzioni e finalità di quest'ultima.

Si registra, però, anche un orientamento differente²⁷, nel senso che i termini di durata massima dei procedimenti di cui all'art. 1, co. 2, dl 76/2020 decorrerebbero dal primo atto attuativo ed esecutivo successivo alla determina a contrarre, posto che, per giurisprudenza costante, quest'ultima, precedendo l'avvio della procedura di affidamento, non ha una efficacia propriamente provvedimentale, bensì endoprocedimentale, non producendo, quindi, effetti verso i terzi. In tal senso deporrebbe anche l'art. 32 del D.lgs. n. 50/2016, a mente del quale *prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti, in conformità ai propri ordinamenti, decretano o determinano di contrarre, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte*".

Secondo tale orientamento, in sostanza, nelle procedure negoziate senza bando ex art. 1, co. 2, lett. b), dl 76/2020 i termini decorrerebbero dal primo atto attuativo ed esecutivo della determina a contrarre, che sostanziano l'avvio del procedimento di gara, quali la pubblicazione del bando o l'invio della lettera di invito. Mentre negli affidamenti diretti di cui all'art. 1, co. 2, lett. a), occorrerebbe distinguere tra l'affidamento diretto c.d. puro e l'affidamento diretto previa consultazione di mercato (c.d. procedimentalizzato). Nel primo caso, l'attività volta all'individuazione dell'affidatario avrebbe un carattere eminentemente istruttorio e informale, sicché non sarebbe neppure possibile individuare univocamente il *dies a quo* da cui far decorrere i due mesi; nel secondo caso, invece, tale termine decorrerebbe dall'eventuale formalizzazione dell'incarico per l'avvio del procedimento istruttorio o comunque dalla consultazione degli operatori economici.

Al riguardo, le Checklist AGEA di riferimento prevedono, per gli affidamenti diretti ex art. 1, co. 2, lett. a), dl 76/2020, in corrispondenza della casella relativa al *"rispetto del termine di 2 mesi complessivi per la conclusione del procedimento (aggiudicazione o individuazione definitiva del contraente)"* (B3.10), la riduzione del 5% *"in caso di mancanza di trasparenza e/o di parità di trattamento nel corso della valutazione, nonché in caso di mancanza di pubblicazione entro i termini"*. Per le procedure negoziate senza bando ex art. 1, co. 2, lett. b), il mancato rispetto del termine di 4 mesi per l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente è sanzionato in misura del 25% *"se il mancato rispetto dei termini ha leso il principio della parità di trattamento"*.

Entrambe le espressioni utilizzate risultano piuttosto ambigue, atteso che, come visto, la funzione principale di detti termini è di accelerare il procedimento di affidamento e non risulta, di contro, immediata la correlazione tra la loro inosservanza e la presunta lesione dei principi di trasparenza e di parità di trattamento. Ciò a maggior ragione se si considera che, come accennato, il superamento dei termini imputabile all'operatore economico costituisce

²⁶ Tra tutti, F. Mascia, *Sub art. 1 dl 76/2020*, in *DeJure*, Codice dei contratti pubblici.

²⁷ Per esempio, G. Delfino, *Da quando decorrono i termini di durata massima dei procedimenti introdotti dal decreto semplificazioni?*, in *Progetto Appalti* (<https://progettoappalti.it/2020/10/19/da-quando-decorrono-i-termini-di-durata-massima-dei-procedimenti-introdotti-dal-decreto-semplificazioni/>)

una giusta causa di esclusione nonché un'ipotesi di risoluzione di diritto del contratto, e quindi non finirebbe certo per avvantaggiare l'affidatario.

2. La disciplina del nuovo codice

Il nuovo Codice ha reso strutturale, seppur con qualche modificazione, la misura che il dl 76/2020 aveva introdotto in via temporanea e sperimentale in tema di durata massima delle procedure di affidamento. L'art. 17, co. 3, D.lgs. 36/2023 fissa, infatti, dei termini massimi per la conclusione delle procedure di gara dei contratti pubblici, rinviando all'All. I.3 per la loro esatta individuazione²⁸. Tuttavia, a differenza del surriferito art. 1, co. 1, dl 76/2020, che determinava i termini di durata massima dei procedimenti secondo il loro oggetto e importo, l'All. I.3 individua tali termini esclusivamente in base alla tipologia di procedura prescelta e al criterio di aggiudicazione utilizzato.

Più nel dettaglio, se è utilizzato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa basato sul miglior rapporto tra qualità e prezzo o sul costo del ciclo di vita, i termini sono i seguenti:

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

Nelle gare, invece, condotte secondo il criterio del minor prezzo i termini sono:

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

Importa sottolineare che, rispetto al previgente art. 1, co. 1, dl 76/2020, non sono previsti dei termini di durata massima per l'affidamento diretto *ex* art. 50, co. 1, lett. a) e b), neppure in ipotesi di consultazione di più operatori economici. In effetti, il comma 1 dell'All. I.3, in linea con quanto disposto dall'art. 17, co. 3, stabilisce i termini massimi per le procedure di "gara", da cui restano giocoforza esclusi gli affidamenti diretti che si caratterizzano, invece, ai sensi dell'art. 3, co. 1, lett. d), dell'All. I.1, proprio per avvenire senza una procedura di gara.

L'All. I.3 ha cura di precisare che tali termini decorrono dalla pubblicazione del bando di gara o dall'invio degli inviti a offrire, fino all'aggiudicazione alla miglior offerta, e che non possono essere sospesi neanche in pendenza di contenzioso se non a seguito di

²⁸ Ai sensi dell'art. 17, co. 3, 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.

provvedimento cautelare del giudice amministrativo²⁹. In questo modo vengono meno le incertezze interpretative circa l'individuazione del *dies a quo* che si erano originate con l'art. 1, co. 1 (*supra*).

A chiusura del sistema, il quinto comma del medesimo allegato consente al RUP di prorogare, in circostanze eccezionali, con proprio atto motivato tali termini per un massimo di tre mesi. In presenza di ulteriori situazioni imprevedibili di oggettiva difficoltà che rendano non sostenibili i tempi procedurali sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa e della particolare complessità della procedura - debitamente certificate dal RUP - il medesimo RUP può disporre un'ulteriore proroga per ulteriori 3 mesi.

Quanto all'inosservanza di tali termini, l'art. 17, co. 3, Dlgs. 36/2023 chiarisce, diversamente dal precitato art. 1, co. 1, dl 76/2020, che il loro superamento costituisce silenzio inadempimento e che rileva altresì per la verifica del rispetto del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso. Ne deriva, per un verso, che neppure nel nuovo Codice l'inosservanza di tali termini comporta l'inefficacia degli atti compiuti o la decadenza della stazione appaltante dal potere di procedere con l'affidamento; per l'altro, che gli operatori economici interessati potranno promuovere azione giudiziaria avverso il silenzio-inadempimento.

In sostanza, il nuovo art. 17, seppur non ripropone le conseguenze per il mancato rispetto dei termini previste dal Decreto semplificazioni - ossia possibile rilevanza ai fini della responsabilità erariale del RUP nonché, laddove imputabile all'operatore economico, possibile causa di esclusione o di risoluzione di diritto del contratto -, ne accentua l'importanza per verificare il rispetto del dovere di buona fede, consacrato come principio generale dall'art. 5 D.lgs. 36/2023.

Le nuove Checklist AGEA di controllo per i contratti sotto soglia (F) prevedono la riduzione del 25% nel caso di superamento dei termini complessivi di durata della procedura negoziata senza bando di cui all'art. 17, co. 3, D.lgs. 36/2023 pari a 4 mesi se aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (14.1), e a 3 mesi se con il criterio del prezzo più basso (14.2), salvo che non sussistano le ipotesi di proroga consentite dall'All. I.3 (*supra*).

²⁹ Se la stazione appaltante o l'ente concedente deve effettuare la procedura di verifica dell'anomalia, tali termini sono prorogati per il periodo massimo di un mese (co. 4).

VI. Omesso o incompleto controllo circa i requisiti generali dell'operatore economico

1. Inquadramento

Gli operatori economici per poter partecipare alle procedure d'appalto devono possedere alcuni requisiti che ne attestino l'affidabilità sia sotto il profilo dell'ordine pubblico e della moralità (requisiti c.d. generali) sia sotto quello tecnico ed economico (requisiti c.d. speciali).

I requisiti di ordine generale hanno natura strettamente soggettiva e sono richiesti per ogni tipologia e importo di prestazione, essendo posti a garanzia dell'affidabilità morale e professionale dei concorrenti, quale espressione di *“un fondamentale principio di ordine pubblico economico che soddisfa l'esigenza che il soggetto che contrae con l'amministrazione sia affidabile”*³⁰. Tali requisiti devono, pertanto, essere posseduti dagli operatori economici in qualsiasi tipologia di affidamento, compresi i contratti sotto la soglia di rilevanza europea, nonché da tutti i soggetti che, a qualunque titolo, concorrono all'affidamento, quindi anche da tutti gli operatori che partecipano in forma associata, dalle imprese consorziate, dalle imprese ausiliare e dai subappaltatori.

Il mancato possesso dei requisiti di ordine generale comporta *ex art. 80 D.lgs. 50/2016* - sul nuovo Codice *infra* - l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione. Tali requisiti devono sussistere senza soluzione di continuità dalla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara fino all'aggiudicazione e alla successiva stipulazione del contratto, nonché in costanza di esecuzione³¹. Le stazioni appaltanti sono, infatti, tenute, ai sensi dell'art. 80, co. 6, D.lgs. 50/2016, a escludere un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora esso si trovi, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una situazione integrante un motivo di esclusione.

Le cause di esclusione di ordine generale sono ritenute tassative stante la drastica limitazione della capacità contrattuale del soggetto privato che ne deriva, in contrazione della libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 Cost³². Dal principio di tassatività segue il divieto di applicazione estensiva o analogica delle cause di esclusione³³, nonché il divieto per le stazioni appaltanti, ai sensi dell'art. 83, co. 8, D.lgs. 50/2016, di inserire nei bandi e nelle lettere di invito ulteriori ipotesi di esclusione non previste dalla legge, sotto pena di nullità delle relative prescrizioni.

2. Le singole cause di esclusione nel D.lgs. 50/2016

Di seguito una breve sintesi delle singole cause di esclusione contemplate dall'art. 80 D.lgs. 50/2016:

³⁰ Cons. St. VI, n. 2725/2003.

³¹ Cons. St. III, n. 3614/2017; Id. V, n. 852/2017; Cons. St., Ad. plen., n. 8/2015.

³² Cons. St., n. 4750/2003.

³³ Tra le tante, Cons. St. V, n. 3595/2015; Cons. St. IV, n. 6296/2014; Id. V, n. 4629/2011; Cons. St. Ad. plen. n. 10/2012.

- La condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena (c.d. patteggiamento) per i reati tassativamente indicati all'art. 80, co. 1³⁴. Vale precisare che tale esclusione - al pari di quella seguente - va disposta se il provvedimento penale riguarda un soggetto che abbia il potere di rappresentanza, decisione o controllo dell'operatore economico, e opera anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara se l'impresa non dimostra che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata (art. 80, co. 3);

- La sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dal D.lgs. n. 159/2022 in materia di disciplina antimafia (art. 80, co. 2), oppure di un tentativo di infiltrazione mafiosa (art. 84, co. 4);

- Commissione di violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, per tali intendendosi quelle che derivano dall'omesso pagamento di tasse o tributi in misura superiore alla soglia prevista³⁵ e, in materia previdenziale, quelle che impediscono il rilascio del Durc (art. 80, co. 4). Anche le gravi violazioni non definitivamente accertate possono comportare l'esclusione dell'operatore economico³⁶. La causa di esclusione viene meno se l'operatore economico adempie ai propri obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare il debito tributario o previdenziale purché ciò si perfezioni prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande;

- Gravi infrazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro (art. 80, co. 5, lett. a));

- Pendenza di procedure concorsuali nei confronti dell'operatore economico (art. 80, co. 5, lett. b));

³⁴ Si tratta, più precisamente, dei seguenti reati: "a) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, 416-bis del codice penale ovvero delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti, consumati o tentati, previsti dall'articolo 74 del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 291-quater del decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43 e dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, in quanto riconducibili alla partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'articolo 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio; 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; b-bis) false comunicazioni sociali di cui agli articoli 2621 e 2622 del codice civile; c) frode ai sensi dell'articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee; d) 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; e) 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 e successive modificazioni; f) sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite con il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24; g) ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione".

³⁵ La disposizione rinvia all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602.

³⁶ Costituiscono gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale quelle stabilite da un apposito decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e previo parere del Dipartimento per le politiche europee della Presidenza del Consiglio dei ministri, da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore delle disposizioni di cui al presente periodo, recante limiti e condizioni per l'operatività della causa di esclusione relativa a violazioni non definitivamente accertate che, in ogni caso, devono essere correlate al valore dell'appalto e comunque di importo non inferiore a 35.000 euro (art. 80, co. 4).

- Commissione di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità (art. 80, co. 5, lett. c));
- Tentativo di influenzare la regolarità del processo decisionale della stazione appaltante (art. 80, co. 5, lett. c-bis));
- Sussistenza a carico dell'operatore economico di 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 (art. 80, co. 5, lett. c-ter));
- Commissione di un grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato (art. 80, co. 5, lett. c-quater));
- Sussistenza di un conflitto di interesse, ossia di un interesse personale in capo a un soggetto operante in nome o per conto della stazione appaltante che interviene a qualsiasi titolo nella procedura di gara o potrebbe in qualsiasi modo influenzare l'esito, non altrimenti risolvibile (art. 80, co. 5, lett. d));
- Distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto (art. 80, co. 5, lett. e));
- Irrogazione della sanzione interdittiva prevista dal D.lgs. 231/2001 (responsabilità amministrativa degli enti) o di altra sanzione comportante il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione (art. 80, co. 5, lett. f));
- Presentazione nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti di documentazione o dichiarazioni non veritiere (art. 80, co. 5, lett. f-bis));
- Iscrizione dell'operatore economico nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti (art. 80, co. 5, lett. f-ter));
- Iscrizione dell'operatore economico nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione (art. 80, co. 5, lett. g));
- Violazione del divieto di intestazione fiduciaria (art. 80, co. 5, lett. h));
- Mancato rispetto della normativa relativa al lavoro dei disabili (art. 80, co. 5, lett. i));
- Omessa denuncia da parte dell'operatore economico che sia stato vittima dei reati di concussione, estorsione, aggravati dall'essere stati commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 bis c.p. (associazione per delinquere) o al fine di agevolare l'attività delle medesime associazioni (art. 80, co. 5, lett. l));
- Sussistenza di una posizione di controllo, anche di fatto, con altro partecipante se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale (art. 80, co. 5, lett. m)).

3. I controlli negli affidamenti inferiori alle soglie di rilevanza europea - Le Linee Guida ANAC n. 4

Nella vigenza del D.lgs. 50/2016 era prevista una disciplina semplificata per gli affidamenti di contratti di valore inferiore alle soglie di rilevanza europea stabilita dall'art. 35. Tali disposizioni erano dettate dalle Linee Guida ANAC n. 4, che fornivano indirizzi e

istruzioni operative alle stazioni appaltanti per le procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria. Le linee guida dell'ANAC costituiscono atti amministrativi generali che possono essere di natura vincolante, non lasciando quindi margini di discrezionalità alla stazione appaltante, o non vincolante, potendo essere accostate in questo caso alle circolari amministrative.

Il Consiglio di Stato ha chiarito che le Linee Guida ANAC n. 4 costituiscono un atto amministrativo generale non vincolante, di talché le stazioni appaltanti possono discostarsi da quanto disposto dall'Autorità, all'uopo adottando un atto, preferibilmente a carattere generale, che contenga una adeguata e puntuale motivazione, anche a fini di trasparenza, di ogni eventuale scelta amministrativa che disattenda i citati indirizzi, ma pur sempre rispettosa delle disposizioni del Codice e dei principi generali sull'esercizio del potere di affidamento di commesse pubbliche traibili dall'ordinamento eurounitario e da quello nazionale³⁷.

Per ciò che qui rileva, le Linee Guida n. 4 prevedono un regime di alleggerimento delle verifiche circa il possesso dei requisiti da parte dell'aggiudicatario suddiviso in tre distinte fasce, a seconda dell'importo del contratto: i) fino a 5.000,00 euro; ii) superiore ai 5.000 ed inferiore ai 20.000 euro; iii) superiore ai 20.000 euro fino a 40.000 euro.

Il par. 4.2 sancisce che l'operatore deve essere in possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 80 D.lgs. 50/2016 nonché di alcuni requisiti minimi di idoneità professionale, di capacità economica e finanziaria, e di capacità tecniche e professionali, consentendo, poi, delle semplificazioni nelle operazioni di verifica negli affidamenti diretti di importo fino a € 20.000.

Nello specifico, in base al par. 4.2.2, per lavori, servizi e forniture di importo fino a € 5.000 la stazione appaltante ha facoltà di procedere alla stipula del contratto sulla base di un'apposita autodichiarazione resa dall'operatore economico ai sensi del DPR 445/2000, anche secondo il modello DGUE, da cui risulti il possesso dei requisiti di carattere generale, di cui all'art. 80 D.lgs. 50/2016, e speciale se previsti. La stazione appaltante provvede, in ogni caso, prima della stipula del contratto, alla consultazione del casellario ANAC, alla verifica del documento unico di regolarità contributiva (DURC), nonché della sussistenza dei requisiti speciali ove previsti. Sulle autodichiarazioni le stazioni appaltanti devono, inoltre, effettuare idonei controlli, dotandosi di apposito regolamento per definire le modalità di controllo a campione.

Per lavori, servizi e forniture di importo superiore a € 5.000 e non superiore a € 20.000, le stazioni appaltanti devono altresì verificare, in aggiunta a quanto sopra, secondo il par. 4.2.3, la sussistenza dei requisiti di cui all'articolo 80, commi 1, 4 e 5, lettera b), D.lgs. 50/2016, ossia l'assenza di cause di esclusione in relazione a condanne penali, violazioni fiscali e contributive, procedure concorsuali (par. 4.2.3).

Negli affidamenti diretti di importi superiori a € 20.000, le stazioni appaltanti devono, invece, verificare, prima della stipula del contratto, il possesso di tutti i requisiti generali e di quelli speciali se previsti, senza particolari semplificazioni in proposito, sicché per tutti gli appalti oltre € 20.000 si seguono le ordinarie operazioni di verifica.

³⁷ In questi termini, il parere del Consiglio di Stato n. 361/2018 del 12/02/2018.

4. La disciplina del nuovo codice

Il nuovo Codice dei contratti pubblici presenta rilevanti novità in tema di requisiti di ordine generale. Innanzitutto, in luogo del previgente art. 80 D.lgs. 50/2016 (v. *supra*), la disciplina è ora contenuta in cinque distinti articoli (da 95 a 98), inseriti al Capo II del Titolo IV, allo scopo di semplificare e riordinare un aspetto sicuramente complesso della materia, spesso oggetto di contenzioso.

Sotto il profilo sistematico, la prima significativa innovazione riguarda la distinzione tra *cause di esclusione automatica*³⁸, che trovano cioè applicazione in via diretta, senza alcun margine valutativo da parte della stazione appaltante, disciplinate all'art. 94, e *cause di esclusione non automatica*” (c.d. facoltative), che, invece, richiedono l'esercizio di un potere discrezionale da parte della stazione appaltante, contenute all'art. 95 nonché all'art. 98 per quanto riguarda la fattispecie del grave illecito professionale, al quale è stata dedicata una trattazione autonoma in attuazione dell'art. 1, comma 1, lett. n) della legge delega³⁹.

L'art. 96 regola il procedimento di esclusione: prescrive gli oneri di comunicazione degli eventi idonei a comportare l'esclusione, stabilisce la rilevanza temporale delle cause di esclusione e regola il c.d. self-cleaning, ampliandone la portata conformemente alla disciplina europea.

L'art. 97 è dedicato alle cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti di imprese, che contiene altresì, per esigenze sistematiche e di chiarezza, la disciplina inerente alla sostituzione o estromissione del partecipante.

Tali disposizioni rappresentano norme cardine nella procedura di scelta del contraente in quanto definiscono i requisiti, di carattere soggettivo e oggettivo, per poter partecipare a un appalto pubblico, al fine di assicurare l'idoneità morale nonché l'idoneità tecnico-professionale-economica dell'affidatario.

5. Le singole cause di esclusione automatica

• **Le condanne penali per gravi reati (art. 94, co. 1):** riprendendo il precedente art. 80, co. 1, D.lgs. 50/2016, il nuovo codice mantiene la tipizzazione dei reati che comportano, in caso di condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna irrevocabile, l'esclusione obbligatoria dalla procedura, secondo un sistema a c.d. *numerus clausus*⁴⁰. È peraltro vero che la lett. h) di tale disposizione prevede, quale norma di chiusura,

³⁸ La nozione di cause di esclusione automatica è mutuata da numerose decisioni della Corte di Giustizia UE e della giurisprudenza nazionale (ex multis, CGUE, 3 giugno 2021, C-210/20, e 30 gennaio 2020, C-395/18; Cons. Stato, Ad. Plen., n. 16/2020; Cons. Stato, sez. V, n. 1649/2019).

³⁹ L'art. 98 disciplina la fattispecie dell'illecito professionale recependo l'indicazione già contenuta nelle Linee Guida ANAC n. 6 approvate dal Consiglio dell'Autorità con la delibera del 28 dicembre 2016, n. 1309, aggiornate al d.lgs. n. 56/2017 con la deliberazione del Consiglio dell'11 ottobre 2017, n. 1008.

⁴⁰ I reati espressamente richiamati dall'art. 94, co. 1, sono i seguenti: “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

l'esclusione per ogni altro delitto da cui derivi, come pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione. La principale novità della previsione riguarda il venir meno dell'equiparazione, ai fini dell'esclusione, tra la sentenza di patteggiamento e la sentenza definitiva di condanna. Il nuovo Codice conferma, invece, che la mera pendenza di un procedimento penale o l'esistenza di sentenze non definitive non integrano la causa di esclusione in parola. Quanto alla portata soggettiva dell'esclusione, l'art. 94, co. 3 - diversamente dall'art. 80, co. 3, D.lgs. 50/2016 - ha espunto i riferimenti ai soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando/lettera di invito nonché al socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro⁴¹.

• **Esclusione connessa alla disciplina antimafia (art. 94, co. 2):** come il previgente art. 80, co. 2, D.lgs. 50/2016, l'art. 94, co. 2, D.lgs. 36/2023 definisce i motivi di esclusione relativi alla normativa antimafia contenuta nel D.lgs. n. 159/2011, confermando l'attestazione di assenza di tentativi di infiltrazione mafiosa come requisito di partecipazione alla gara e non solo come condizione necessaria ai fini della stipulazione del contratto. La causa di esclusione, tuttavia, non opera se l'impresa è stata ammessa al controllo giudiziario *ex art. 34 bis* del Codice antimafia entro la data di aggiudicazione. Valgono anche qui le precisazioni sull'ambito soggettivo di applicazione della causa di esclusione ai sensi dell'art. 94, co. 3, D.lgs. 36/2023.

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.”

⁴¹ L'esclusione automatica per condanne penali per gravi reati e quella relativa alla normativa antimafia di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 94 D.lgs. 36/2023 è disposta, ai sensi dell'art. 94, co. 3, 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. Se il socio è 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 (art. 94, co. 4).

• **Le sanzioni interdittive che comportano il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione (art. 94, co. 5, lett. a)):** la disposizione, con la medesima formulazione dell'art. 80, comma 5, lett. f) del D.lgs. n. 50/2016, stabilisce l'esclusione automatica dell'operatore economico destinatario di sanzioni interdittive che comportano il divieto di contrattare con la PA. La norma richiama sia le sanzioni interdittive espressamente previste dall'art. 9, comma 2, lett.c) del d.lgs. n. 231/2001 (recante la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle società) e dall'art. 14 del d.lgs. n. 81/2008 (Testo Unico sulla salute e sicurezza sul lavoro), sia, come norma di chiusura, le altre forme di interdizione eventualmente previste dalla normativa vigente.

• **Il mancato rispetto della normativa sul diritto al lavoro dei disabili (art. 94, co. 5, lett. b)):** analogamente all'art. 80, comma 5, lett. i) del d.lgs. n. 50/2016, il nuovo Codice prevede l'esclusione automatica degli operatori che non abbiano presentato la certificazione di cui all'art. 17 della l. n. 68/1999⁴² oppure che non abbiano presentato dichiarazione sostitutiva della sussistenza del medesimo requisito, al fine di tutelare il diritto al lavoro dei disabili nelle imprese di maggiori dimensioni⁴³. Le imprese che rientrano negli obblighi di legge devono, pertanto, presentare una dichiarazione in cui attestano di essere in regola con la normativa sui disabili, mentre le imprese con un numero di dipendenti inferiore a 15 (esonerate dall'obbligo di assunzione) sono comunque tenute a rendere una specifica dichiarazione con cui attestano di non essere soggetti alla normativa in questione⁴⁴.

• **Mancato rispetto pari opportunità (art. 94, co. 5, lett. c)):** la disposizione stabilisce una specifica causa di esclusione obbligatoria riguardante gli appalti rientranti nel PNRR per gli operatori economici tenuti alla redazione del rapporto sulla situazione del personale ai sensi dell'art. 46 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna (D.lgs. n. 198/2006) che non abbiano prodotto, al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta, copia dell'ultimo rapporto periodico. In tema, l'art. 57 del nuovo Codice - come modificato dal D.lgs. 209/2024 - prevede, per gli affidamenti diversi da quelli aventi natura intellettuale, l'inserimento nei bandi di gara e negli inviti di specifiche clausole sociali che richiedano, 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, tenuto conto della tipologia di intervento, con particolare riferimento al settore dei beni

⁴² Secondo cui *“Le imprese, sia pubbliche sia private, qualora partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, sono tenute a presentare preventivamente alle stesse la dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, pena l'esclusione.”*

⁴³ L'ordinamento impone alle imprese con almeno 15 dipendenti di assumere una determinata percentuale di lavoratori disabili pari: al 7% dei lavoratori, se l'impresa occupa più di 50 dipendenti; a 2 lavoratori, se i dipendenti sono compresi tra 36 e 50; a 1 lavoratore se l'impresa occupa da 15 a 35 dipendenti.

⁴⁴ T.A.R. Liguria II, n. 1124/2012; Cons. St. V, n. 6240/2011; T.A.R. Campania (Salerno) I, n. 790/2011; T.A.R. Sicilia (Catania) IV, n. 1013/2011; Cons. St., Sez. V, 28 gennaio 2021, n. 860

culturali e del paesaggio. In particolare, a mente dell'art. 1 dell'All. II.3, gli operatori economici tenuti alla redazione del rapporto sulla situazione del personale ai sensi del precitato art. 46 D.lgs. n. 198/2006⁴⁵ devono produrre, a pena di esclusione, al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta, copia dell'ultimo rapporto.

• **Lo stato di liquidazione giudiziale e le altre procedure concorsuali (art. 94, co. 5, lett. d)):** tale disposizione prevede l'esclusione automatica dalle procedure di appalto dell'operatore che sia stato sottoposto a liquidazione giudiziale o che 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. L'esclusione non opera in alcuni casi, ossia, in breve, se il curatore della procedura di liquidazione giudiziale è stato autorizzato all'esercizio provvisorio dell'impresa (art. 124 D.lgs. 36/2023) oppure in caso di domanda di concordato se vi è l'autorizzazione del tribunale (art. 95, co. 3 e 4, D.lgs. 14/2019) o se l'impresa in concordato è riunita in raggruppamento temporaneo di imprese (art. 95, co. 4, D.lgs. 14/2019). Tale previsione mira a conciliare l'interesse dell'impresa alla prosecuzione dell'attività e al superamento della crisi con la tutela dei creditori, che può essere maggiormente garantita dall'esecuzione dei contratti in corso, nonché con l'interesse della stazione appaltante a stipulare contratti con soggetti affidabili in grado di portare a termine gli impegni assunti.

• **Le iscrizioni nel casellario ANAC (art. 94, co. 5, lett. e), f)):** le lett. e) ed f) contemplano le cause di esclusione obbligatoria derivanti dall'avvenuta iscrizione dell'operatore economico nel casellario informatico ANAC per avere presentato false dichiarazioni o falsa documentazione, quali precedentemente disciplinate all'art. 80, co. 5, lett. f-ter) e g) D.lgs. n. 50/2016. Tali disposizioni vanno raccordate con gli artt. 96, co. 15, e 222, co. 10, del nuovo Codice. Ai sensi dell'art. 96, co. 15, la stazione appaltante in caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione ne dà segnalazione all'ANAC che, se ritiene sussistere il dolo o la colpa grave nonché la gravità obiettiva 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 per un periodo fino a due anni, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia. L'art. 222, co. 10, invece, confermando l'istituzione presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici del casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, prescrive che vi siano annotate le notizie, le informazioni e i dati relativi agli operatori economici con riferimento alle iscrizioni previste dall'articolo 94 nonché le ulteriori informazioni che saranno individuate

⁴⁵ A mente dell'art. 46, primo comma, D.lgs. n. 198/2006, le aziende pubbliche e private che occupano oltre cinquanta dipendenti sono tenute a redigere un rapporto ogni due anni sulla situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni ed in relazione allo stato di assunzioni, della formazione, della promozione professionale, dei livelli, dei passaggi di categoria o di qualifica, di altri fenomeni di mobilità, dell'intervento della Cassa integrazione guadagni, dei licenziamenti, dei prepensionamenti e pensionamenti, della retribuzione effettivamente corrisposta.

dall'ANAC con proprio provvedimento 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.

• **L'irregolarità fiscale e contributiva definitivamente accertata (art. 94, co. 6):** la disposizione statuisce l'esclusione obbligatoria per omesso pagamento di imposte, tasse e contributi previdenziali con alcune novità rispetto all'art. 80, co. 4, D.lgs. 50/2016. Primo, la collocazione delle sole violazioni definitivamente accertate tra le cause di esclusione obbligatorie, mentre quelle non definitive sono inserite nell'articolo dedicato alle cause di esclusione facoltativa (art. 95), per esigenze di chiarezza e semplificazione. Secondo, le modalità di individuazione delle violazioni gravi sono ora contenute in un apposito allegato del codice (All. II.10)⁴⁶. Nell'ambito della regolarità contributiva assume fondamentale rilievo il DURC (documento unico di regolarità contributiva), che, ai sensi dell'art. 1, co. 2, All. II.10, costituisce mezzo di prova dei contributi previdenziali e assistenziali e che va acquisito d'ufficio dalle stazioni appaltanti presso gli istituti previdenziali.

Importa sottolineare che, ai sensi dell'art. 94, co. 7, D.lgs. 36/2026 l'esclusione non va disposta nelle seguenti ipotesi: i) quando il reato è stato depenalizzato; ii) quando è intervenuta la riabilitazione; iii) 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; iv) quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna; v) in caso di revoca della condanna.

6. Le singole cause di esclusione non automatica

Come accennato, l'art. 95 del nuovo Codice disciplina le cause di esclusione non automatica, ossia quelle che implicano l'esercizio di un potere discrezionale da parte della stazione appaltante. La disposizione ripropone in larga parte le cause di esclusione disciplinate dall'art. 80, co. 5, D.lgs. 50/2016 senza apportare novità di rilievo sul contenuto e sulle modalità di attuazione delle singole ipotesi, se non con riguardo alla fattispecie del grave illecito professionale (disciplinata anche dall'art. 98). Nel dettaglio:

• **Le gravi infrazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro (art. 95, co. 1, lett. a)):** viene riprodotta la previsione della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5,

⁴⁶ L'art. 1 dell'All. II.10 stabilisce che costituiscono gravi violazioni, ai sensi e per gli effetti dell'art. 94, comma 6, quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti a impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui al decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 125 del 1° giugno 2015, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale.

lett. a), D.lgs. n. 50/2016, nel caso in cui viene accertata la sussistenza di *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*". Ciò all'evidente fine di estromettere dai contratti pubblici soggetti che hanno violato la normativa a tutela del lavoro, della dignità dei lavoratori e della salvaguardia dell'ambiente, posta a presidio di valori costituzionali. Il requisito della gravità è rimesso alla valutazione discrezionale della stazione appaltante, mentre per ritenere *"debitamente accertate"* tali violazioni la giurisprudenza prevalente afferma che non sia necessario un accertamento definitivo e che sia sufficiente che l'infrazione sia stata oggetto di un'autonoma verifica da parte dell'Amministrazione⁴⁷;

• **Le situazioni di conflitto di interesse (art. 95, co. 1, lett. b))**: va escluso l'operatore economico se la sua partecipazione determina una situazione di conflitto di interesse di cui all'art. 16 del nuovo Codice non diversamente risolvibile, similmente a quanto previsto all'art. 80, co. 5, lett. d), D.lgs. 50/2016. L'art. 16 definisce il conflitto di interessi come la situazione in cui 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. L'art. 16 si applica a tutte le procedure di aggiudicazione, ivi compresi quindi gli affidamenti diretti - su cui l'ANAC ha richiamato l'attenzione stante il ridotto o assente confronto competitivo che connota tali procedure (delibera n. 376/2022) - e a tutte le fasi del contratto. Per procedere con l'esclusione non devono, tuttavia, esistere altri rimedi per assicurare la tutela della *par condicio* fra i concorrenti e della trasparenza, sicché l'irrisolvibilità del conflitto va valutata in termini di impossibilità oggettiva;

• **Distorsione della concorrenza (art. 95, co. 1, lett. c))**: la disposizione sancisce, alla stregua dell'art. 80, co. 5, lett. e), D.lgs. 50/2016, l'esclusione non automatica dalla procedura se la stazione appaltante accerta *"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"*. Ciò per rimediare alla situazione di possibile asimmetria informativa che lederebbe il principio della *par condicio* dei soggetti concorrenti. Tuttavia, l'esclusione in tali ipotesi opera soltanto come *extrema ratio*, dovendo l'amministrazione aggiudicatrice valutare l'adozione di misure adeguate prima di provvedere in tal senso⁴⁸;

⁴⁷ Così Cons. St. V, n. 3846/2015; Cons. St. VI n. 4519/2012.

⁴⁸ Cons. St., n. 1650/2019; Cons. St. n. 2853/2018; TAR Toscana I, n. 402/2018.

• **Situazioni di controllo e collegamento tra imprese concorrenti (art. 95, co. 1, lett. d)):** costituisce cause di esclusione non automatica la sussistenza di *“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”*. La disposizione ripropone l'art. 80, co. 5, lett. m), D.lgs. n. 50/2016 ma con alcune modifiche, giacché il nuovo Codice dà rilievo più genericamente agli accordi tra operatori economici partecipanti alla gara senza più richiamare la situazione di controllo *ex art. 2359 c.c.* Per disporre l'esclusione, l'amministrazione deve disporre di indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l'operatore economico abbia sottoscritto accordi con altri operatori economici al fine di falsare la concorrenza e valutare il concreto impatto, in termini di influenza, del comportamento dei soggetti che hanno presentato le offerte sulla procedura di gara⁴⁹;

• **L'irregolarità fiscale e contributiva non definitivamente accertata (art. 95, co. 2):** come già accennato, l'omesso pagamento non definitivamente accertato di imposte, tasse e contributi previdenziali integra una causa di esclusione facoltativa. Gli artt. 2, 3 e 4 dell'All. II.10, recependo le disposizioni del decreto del Ministero dell'economia e delle finanze del 28 settembre 2022 adottato con il Codice previgente, individuano i limiti e le condizioni per l'operatività dell'esclusione in parola. In particolare, si considera violazione l'inottemperanza agli obblighi, relativi al pagamento di imposte e tasse derivanti dalla: a) notifica di atti impositivi, conseguenti ad attività di controllo degli uffici; b) notifica di atti impositivi, conseguenti ad attività di liquidazione degli uffici; c) notifica di cartelle di pagamento concernenti pretese tributarie, oggetto di comunicazioni di irregolarità emesse a seguito di controllo automatizzato o formale della dichiarazione. La violazione è considerata grave se essa *comporta l'inottemperanza ad un obbligo di pagamento di imposte o tasse per un importo che, con esclusione di sanzioni e interessi, è pari o superiore al 10% del valore dell'appalto* e, in ogni caso, l'importo della violazione non deve essere inferiore a 35.000 euro. Infine, la violazione si considera non definitivamente accertata, e quindi valutabile dalla stazione appaltante, quando sono inutilmente decorsi i termini per adempiere all'obbligo di pagamento e l'atto impositivo o la cartella di pagamento siano stati tempestivamente impugnati. Se è intervenuta una pronuncia giurisdizionale favorevole all'operatore economico non passata in giudicato oppure un provvedimento cautelare, le relative violazioni non rilevano ai fini dell'esclusione.

• **I gravi illeciti professionali (art. 95, co. 1, lett. e)):** la disposizione corrisponde all'art. 80, comma 5, lett. c), D.lgs. 50/2016, e riguarda l'esclusione dell'offerente che abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. In attuazione dei principi e criteri di razionalizzazione e semplificazione sanciti dalla legge delega, la fattispecie dell'illecito professionale è disciplinata in una disposizione autonoma, l'art. 98 - a cui l'art. 95, co. 1, lett. e) rinvia -, che individua, in modo tassativo, i gravi illeciti

⁴⁹ CGUE 19 maggio 2009, C-538/07, nonché art. 57, par. 4) lett. d) Direttiva 2014/24/UE.

professionali rilevanti nonché i mezzi adeguati per dimostrarli. L'art. 98 definisce, innanzitutto, la regola generale della non estensibilità del grave illecito professionale compiuto dalla persona fisica all'operatore economico, salvo le ipotesi previste dal comma 3, lett. g) ed h) della medesima disposizione. Inoltre, per poter disporre l'esclusione dell'operatore economico, devono ricorrere 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. Il provvedimento di esclusione deve essere motivato in relazione a tutte e tre le condizioni.

Il secondo comma dell'art. 98 indica, con elenco da intendersi chiuso e tassativo, gli elementi da cui poter desumere l'illecito professionale⁵⁰. Il sesto comma individua, invece,

⁵⁰ Tali elementi sono:

- 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 inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale;
- d) condotta dell'operatore economico che abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori;
- 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.

analiticamente i singoli mezzi di prova che possono essere presi in considerazione dalla stazione appaltante per effettuare tale valutazione⁵¹. La stazione appaltante deve motivare sul perché ritiene che gli eventuali provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali presi in considerazione siano idonei a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente.

Giova, in ultimo, evidenziare che il terzo comma dell'art. 95 riproduce lo stesso contenuto dell'art. 94, co. 8 (v. *supra*), in tema di esenzione dall'esclusione in caso di illecito professionale derivante dall'aver commesso uno dei reati di cui all'art. 98, comma 3, lett. h), che non andrà, pertanto, disposta: i) quando il reato è stato depenalizzato; ii) quando è intervenuta la riabilitazione; iii) 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; iv) quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna; v) in caso di revoca della condanna.

7. Il controllo sul possesso dei requisiti

La procedura di gara si conclude con l'aggiudicazione, come previsto dall'art. 17, co. 5, D.lgs. 36/2023. Tale atto ha valore provvedimentale - quantunque non equivalga ad accettazione dell'offerta ai sensi del successivo sesto comma - e risulta autonomo rispetto alla proposta di aggiudicazione. L'aggiudicazione è, infatti, di competenza di un altro organo rispetto a quello che ha formulato la proposta e si pone all'esito di due subprocedimenti volti a verificare la regolarità della procedura e il possesso dei requisiti in capo al migliore offerente.

Dal punto di vista pratico, il controllo sul possesso dei requisiti avviene attraverso l'acquisizione, tramite il Fascicolo virtuale dell'operatore economico e comunque d'ufficio, dei certificati comprovanti i requisiti di partecipazione, ossia: la visura camerale, il casellario giudiziale dei soggetti indicati nell'art. 94, co. 3 (v. *supra*), il Durc, l'attestazione di regolarità fiscale, l'attestazione dell'Ufficio provinciale dell'impiego (in caso di operatori con almeno quindici dipendenti), la verifica delle procedure concorsuali presso la cancelleria della sezione del competente Tribunale, la verifica - tramite il Casellario informatico detenuto dall'ANAC - di eventuali annotazioni a carico dell'operatore economico, nonché la documentazione

⁵¹ 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, e la condanna non definitiva, i provvedimenti cautelari reali o personali, ove emessi dal giudice penale.

richiesta all'operatore economico attestante il possesso della capacità economico finanziaria e tecnico professionale richiesta dal bando, ove non desumibile da apposite certificazioni o attestazioni.

Negli affidamenti diretti assume un ruolo centrale la decisione di contrarre (o atto equivalente), che secondo quanto espressamente previsto dall'art. 17, co. 2, D.lgs. 36/2023, deve individuare: l'oggetto, l'importo e il contraente, unitamente alle ragioni della sua scelta, ai requisiti di carattere generale e, se necessari, a quelli inerenti alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale. L'affidamento avviene, pertanto, con un unico atto dopo l'individuazione dell'affidatario, ed è quindi nella c.d. fase di selezione informale, prima dell'adozione della determina di affidamento, che la stazione appaltante deve verificare i requisiti dell'operatore economico.

Ferma restando la facoltà di procedere in via ordinaria, verificando prima dell'affidamento e della stipula del contratto i requisiti di cui agli artt. 94 e ss. del D.lgs. 36/2023, negli affidamenti diretti di importo inferiore a € 40.000 le stazioni appaltanti possono ricorrere al procedimento più snello previsto dall'art. 52 D.lgs. 36/2023. La finalità della previsione è di ovviare alle difficoltà correlate all'accertamento sistematico del possesso dei requisiti nelle ipotesi dei micro affidamenti nonché di ridurre i tempi di avvio degli appalti di modico valore, dal momento che l'esecuzione anticipata del contratto richiede comunque, *ex art. 50*, co. 6, l'avvenuta verifica dei requisiti dell'aggiudicatario.

Più precisamente, ai sensi dell'art. 52, co. 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.

Ne consegue che, in tali ipotesi - da cui restano escluse le procedure negoziate indipendentemente dal loro importo -, l'operatore economico dichiara il possesso dei requisiti di ordine generale e speciale richiesti attraverso una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà ai sensi del DPR 445/2000 o tramite il DGUE, secondo quanto disposto dalla stazione appaltante⁵². Acquisita l'autodichiarazione dell'operatore economico, la stazione appaltante procederà all'affidamento senza effettuare alcun tipo di controllo preventivo.

Tali dichiarazioni possono, infatti, essere verificate anche previo sorteggio di un campione da svolgersi annualmente secondo le modalità stabilite discrezionalmente dalla stazione appaltante, che dovrà dotarsi di un apposito regolamento, o di un proprio atto organizzativo, in cui definire la quota minima di controlli a campione che verranno effettuati in ciascun anno solare sulle dichiarazioni rese dagli affidatari diretti, nonché le regole di assoggettamento al controllo e di effettuazione, ricorrendo eventualmente anche al sorteggio. Una disciplina simile era, peraltro, già prevista nelle Linee Guida Anac n. 4.

Il controllo previsto dall'art. 52 D.lgs. 36/2023 per gli affidamenti diretti fino a 40.000 euro risulta, invero, ancora più semplificato rispetto a quanto già previsto dalle linee guida

⁵² Il comunicato del MIT del 30 giugno 2023, rilevando come anche il DGUE consiste in una dichiarazione avente i requisiti di cui all'art. 47 DPR 445/2000, ha puntualizzato che, in tali fattispecie, la stazione appaltante ha facoltà di scegliere se predisporre un modello semplificato di dichiarazione o se adottare il DGUE, privilegiando esigenze di standardizzazione e uniformità.

ANAC n. 4 per affidamenti di importo inferiore ai 40.000 euro, che, come visto, contemplavano un regime di alleggerimento delle verifiche distinto in tre fasce a seconda dell'importo - fino a 5.000,00 euro; superiore ai 5.000 ed inferiore ai 20.000 euro; superiore ai 20.000 euro fino a 40.000 euro -, che portava a una effettiva semplificazione soltanto per gli affidamenti di importo fino a € 20.000. Inoltre, le stesse linee guida stabilivano comunque un controllo minimo sui requisiti anche per gli appalti di piccolo importo (v. *supra*), ciò che nel nuovo Codice viene meno.

In base al secondo comma dell'art. 52, se all'esito della verifica a campione non risultasse 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. Trattasi di un vero e proprio obbligo a carico della stazione appaltante, a cui residua soltanto la discrezionalità nella determinazione della durata della sospensione. L'ANAC ha rimarcato, nel parere di precontenzioso 235 del 2024, che tale sospensione costituisce una misura innovativa di carattere sanzionatorio e di tipo interdittivo, che si aggiunge alle altre sanzioni. Essa richiede, pertanto, il necessario rispetto dei principi generali che regolano le sanzioni, e in particolare il rispetto del principio di stretta legalità (che comporta la necessità di applicare la sanzione in presenza dei presupposti tassativi previsti del legislatore), del principio di irretroattività (in virtù del quale nessuno può essere assoggettato a una sanzione non in vigore al momento della commissione della violazione), e dei principi di proporzionalità e del contraddittorio.

VII. I raggruppamenti temporanei

1. Inquadramento

La figura del raggruppamento temporaneo di imprese, introdotta nell'ordinamento nazionale dall'art. 20 l. n. 584/1977, anche in attuazione delle Direttive n. 71/304/CEE e n. 71/305/CEE, consente l'integrazione e il coordinamento dei requisiti tecnico-economici posseduti dagli operatori economici al fine di partecipare in forma congiunta a procedure di affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture.

La funzione del raggruppamento è di favorire la più ampia partecipazione alle procedure di affidamento da parte degli operatori economici, anche in forma associata, consentendo così l'intervento di soggetti che singolarmente non avrebbero i requisiti necessari per partecipare e garantendo, nel contempo, la realizzazione dell'appalto nell'interesse della stazione appaltante⁵³. Tali aggregazioni svolgono anche una funzione di contrasto alla creazione di posizioni dominanti sul mercato, in quanto permettono l'ingresso di imprese di dimensioni minori che individualmente non potrebbero eseguire tutte le prestazioni dedotte nell'appalto.

Il nuovo codice definisce il raggruppamento temporaneo come *“un insieme di imprenditori, o fornitori, o prestatori di servizi, costituito o costituendo, anche mediante scrittura privata, allo scopo di partecipare alla procedura di affidamento di uno specifico contratto pubblico mediante presentazione di una unica offerta”* (art. 1, lett. m), All. I.1).

I raggruppamenti temporanei possono essere composti da imprese (RTI) o da professionisti (RTP). In qualsiasi caso, è caratterizzato dall'occasionalità e dalla temporaneità, dato che viene costituito in vista dell'affidamento e cessa con la mancata aggiudicazione del contratto o con la sua esecuzione. Il raggruppamento non è, quindi, un autonomo soggetto di diritto con un patrimonio autonomo né una stabile organizzazione d'impresa⁵⁴.

La disciplina sui raggruppamenti temporanei è ora contenuta all'art. 68 D.lgs. 36/2023, dedicato anche ai consorzi ordinari di operatori economici. Il nuovo codice, recependo le indicazioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea⁵⁵, non ripropone la distinzione tra raggruppamenti verticali e orizzontali prevista dal codice previgente. Ne consegue una disciplina più snella, che rimette alle stazioni appaltanti la facoltà di intervenire entro gli stretti limiti fissati dalla direttiva europea, che consente alle amministrazioni aggiudicatrici di esigere, per gli appalti di servizi, che *“taluni compiti essenziali”* siano svolti da un partecipante⁵⁶.

⁵³ Sul punto, anche Cons. St. IV, n. 813/2016; T.A.R. Lombardia (Brescia) II, n. 434/2016.

⁵⁴ Tra le tante, T.A.R. Lazio (Roma) III, n. 3097/2016.

⁵⁵ Corte di giustizia, sez. IV, 28 aprile 2022, causa C-642/20, che ha stabilito che *“l'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale secondo la quale l'impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria”*.

⁵⁶ V. articolo 63, paragrafo 2, della direttiva 2014/24.

La nuova configurazione dell'istituto del raggruppamento ammette la presentazione di un'offerta sulla base del solo mandato collettivo e implica la responsabilità solidale di tutti i partecipanti nei confronti della stazione appaltante, dei subappaltatori e dei fornitori. I raggruppamenti devono, in ogni caso, indicare nell'offerta le quote di esecuzione delle prestazioni di ciascun partecipante, ma non possono essere obbligati ad assumere una specifica forma giuridica, salvo le eccezioni previste al quarto comma per la buona esecuzione del contratto o sulle modalità di ottemperanza ai requisiti⁵⁷.

Può partecipare alla procedura di affidamento anche un raggruppamento non ancora costituito ma destinato a formarsi solo a seguito dell'aggiudicazione (c.d. RTI costituendo). In tal caso, l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei - o i consorzi ordinari - e deve contenere l'impegno, *ex art.* 68, co. 2, degli stessi operatori a conferire mandato collettivo speciale con rappresentanza a uno di essi, da indicare già nell'offerta e che assumerà la veste di mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti.

La costituzione del raggruppamento temporaneo comporta, infatti, il conferimento, con un unico atto, di mandato collettivo speciale con rappresentanza al mandatario, a cui spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, degli altri partecipanti nei confronti della stazione appaltante per ogni operazione e atto inerente all'appalto, sino a estinzione del rapporto.

Importa precisare che, ai sensi dell'art. 68, co. 6, sulla scorta del previgente art. 48, co. 13, D.lgs. 50/2016, il mandato deve risultare da scrittura privata autenticata.

La stazione appaltante può prevedere, ai sensi dell'art. 68, co. 10, condizioni per eseguire le prestazioni diverse da quelle previste per i concorrenti singoli purché siano proporzionate e giustificate da circostanze oggettive. Il successivo comma 11 stabilisce che i raggruppamenti temporanei sono ammessi se gli imprenditori partecipanti sono in possesso dei requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali (sul punto, anche Cons. St. V, n. 2367/2022), ferma restando la necessità che l'esecutore sia in possesso dei requisiti prescritti per la prestazione che lo stesso deve eseguire.

In ogni caso, tutti i partecipanti devono possedere i requisiti di ordine generale di cui agli artt. 94 e 95 D.lgs. 36/2023.

La partecipazione alla gara in qualsiasi altra forma da parte del partecipante al raggruppamento importa la sua esclusione dal raggruppamento stesso se risultano integrati i presupposti dell'unico centro decisionale *ex art.* 95, co. 1, lett. d), a meno che l'interessato non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara e che essa non incide sugli obblighi contrattuali.

⁵⁷ Ai sensi dell'art. 68, co. 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.

È comunque ammesso il recesso libero (*ad nutum*) del partecipante, anche se il raggruppamento si riduce a un unico soggetto, purché gli operatori economici rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione.

Nelle procedure ristrette o negoziate, oppure di dialogo competitivo, l'operatore economico interpellato individualmente può, ai sensi del comma 19, presentare offerta o trattare oltretutto per sé anche in qualità di mandatario di operatori economici riuniti.

2. L'attività di controllo

Nell'attività di controllo sono state riscontrate con una certa frequenza delle irregolarità quando l'operatore economico partecipava in forma associata con altri operatori. In alcune limitate ipotesi, le amministrazioni avevano affidato lo stesso contratto di appalto a più soggetti distinti privi di qualsiasi valida forma di aggregazione tra di loro, neppure temporanea, ciò che, in effetti, non risulta ammesso dalla normativa vigente. Le stazioni appaltanti avrebbero, infatti, dovuto alternativamente: procedere con separati affidamenti per ciascun operatore economico individuale, oppure richiedere la costituzione di un raggruppamento temporaneo ai sensi dell'art. 48 D.lgs. 50/2016 o dell'art. 68 D.lgs. 36/2023.

Quando, invece, il contratto era stato effettivamente affidato a un RTI o a un RTP, non era infrequente constatare alcune anomalie. Succedeva, infatti, che nell'offerta non venisse specificata la ripartizione delle prestazioni tra i partecipanti e, soprattutto, che il mandato non risultasse da scrittura privata autenticata; spesso il mandato era conferito tramite una mera scrittura privata, priva di autenticazione, talvolta soltanto registrata - ciò che ovviamente non può ritenersi equipollente alla sottoscrizione innanzi al pubblico ufficiale, valendo soltanto ad attribuire data certa all'atto negoziale.

Anche la fatturazione delle prestazioni da parte dei partecipanti ha posto qualche problema. In proposito, l'Agenzia delle Entrate, nel principio di diritto n. 17 del 17.12.2018, ha chiarito che: *Il rapporto esistente tra le associate e la capogruppo di un raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) - istituito per l'esecuzione di un appalto pubblico - si inquadra, giuridicamente, nella figura del mandato collettivo speciale con rappresentanza, che, ai sensi dell'articolo 48, comma 16, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. codice appalti pubblici e contratti di concessione) '...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'. Ne deriva che gli obblighi di fatturazione ai sensi dell'articolo 21 del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, nei confronti della stazione appaltante, sono assolti dalle singole imprese associate relativamente ai lavori di competenza da ciascuna eseguiti.*"

Dunque, ogni componente del raggruppamento è tenuto a emettere fatture per la propria quota di attività svolta, ciò che evidentemente presuppone che nell'atto di offerta e nell'atto di costituzione del raggruppamento sia esplicitata la quota di esecuzione delle prestazioni di ciascun partecipante.

Tali irregolarità non hanno, però, comportato l'applicazione di alcuna sanzione in quanto non espressamente prevista nelle Checklist di riferimento.

VIII. Le Procedure per l'affidamento sotto soglia

1. La disciplina del nuovo codice

L'art. 50 D.lgs. 36/2023 disciplina le modalità di affidamento degli appalti di lavori, forniture e servizi, ivi compresi quelli di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore alle soglie comunitarie previste dall'art. 14 del medesimo codice dei contratti.

La norma sostituisce il previgente art. 36 D.lgs. 50/2016 riprendendo nella sostanza la disciplina emergenziale, in particolare con l'art. 1 commi 1, 2, lett. a) e b), 3, 4, 5-bis del d.l. n. 76/2020. In proposito, la legge delega (art. 1, comma 2, lett. e) l. n. 78/2022) aveva fissato i seguenti principi: *“semplificazione della disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, nel rispetto dei principi di pubblicità, di trasparenza, di concorrenzialità, di rotazione, di non discriminazione, di proporzionalità, nonché di economicità, di efficacia e di imparzialità dei procedimenti e della specificità dei contratti nel settore dei beni culturali, nonché previsione del divieto per le stazioni appaltanti di utilizzare, ai fini della selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate.”*

L'art. 50 prevede che l'affidamento dei contratti sottosoglia debba avvenire di norma mediante affidamento diretto o procedura negoziata, innalzando lievemente la soglia per l'affidamento diretto dei servizi e delle forniture. Rispetto alla normativa emergenziale e all'art. 36 D.lgs. 50/2016 sono da segnalare due novità: i) il divieto per le stazioni appaltanti di utilizzare metodi di estrazione casuale degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata; ii) la generale possibilità di procedere all'esecuzione anticipata del contratto ma solo dopo l'avvenuta verifica del possesso dei requisiti dichiarati dall'aggiudicatario.

2. Le procedure ammesse

Nel dettaglio, l'art. 50 prevede che le stazioni appaltanti procedono all'affidamento dei contratti sotto soglia con le seguenti modalità:

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

b) **per servizi e forniture di importo inferiore a 140.000 euro**: affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, a soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, eventualmente individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante;

c) **per lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro**: affidamento tramite 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;

d) **per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie comunitarie di cui all'articolo 14 del Codice**: affidamento tramite procedura negoziata

senza bando, previa consultazione di almeno dieci operatori economici (ove esistenti), salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie di scelta del contraente di cui agli artt. 70 e ss. del Codice;

e) **per servizi e forniture di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie comunitarie di cui all'articolo 14 del Codice**: affidamento tramite 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.

L'art. 50, co. 1, fa salva l'applicazione degli artt. 62 e 63 del Codice che disciplinano rispettivamente le centrali di committenza (art. 62) e la qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza (art. 63). In particolare, l'art. 62 stabilisce che tutte le stazioni appaltanti, fermi restando gli obblighi di utilizzo degli strumenti di acquisto e di negoziazione previsti per legge, possono procedere direttamente e autonomamente, senza ricorrere ad una centrale di committenza, anche se prive di qualificazione: a) all'acquisizione di servizi e forniture di importo inferiore a 140.000 euro; b) all'affidamento lavori di importo pari o inferiore a 500.000 euro. Per effettuare le procedure di gara di importo superiore a tali soglie, le stazioni appaltanti devono, invece, qualificarsi ai sensi dell'art. 63.

Per gli appalti sotto soglia le stazioni appaltanti possono comunque avvalersi delle procedure aperte e ristrette in luogo di quelle di cui all'art. 50, in considerazione del *favor* del legislatore europeo verso le procedure pro-concorrenziali, tra le quali possono annoverarsi anche le procedure negoziate. Come chiarito dal MIT⁵⁸, la facoltà delle stazioni appaltanti di acquisire lavori, servizi e forniture mediante procedura negoziata anche entro le fasce di importo per le quali è previsto l'affidamento diretto deve essere esercitata in applicazione del principio del risultato di cui all'art. 1 del D.lgs. 36/2023 che impone, tra l'altro, di perseguire il risultato dell'affidamento del contratto con la massima tempestività, nonché nel rispetto del divieto di aggravamento del procedimento sancito in via generale dall'art. 1, co. 2, della l. 241/1990, a cui fa espresso rinvio l'art. 12 D.lgs. 36/2023.

3. L'affidamento diretto

L'affidamento diretto è definito dall'art. 3 comma 1 lett. e) dell'Allegato I.1 al Codice, come *l'affidamento del contratto senza una procedura di gara, nel quale, anche nel caso di previo interpellato di più operatori economici, la scelta è operata discrezionalmente dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, nel rispetto dei criteri qualitativi e quantitativi previsti dal codice*".

Il nuovo codice ha, quindi, confermato il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui l'affidamento diretto non costituisce una procedura di gara, potendo la stazione appaltante scegliere discrezionalmente il contraente senza la necessità di una previa consultazione di un certo numero di operatori economici⁵⁹.

Invero, la mera procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara, né abilita i soggetti

⁵⁸ Parere reso in risposta al quesito del 03/06/2024, n. 2577 dal Servizio contratti pubblici del MIT.

⁵⁹ Sul punto, Cons. St. V, n. 1108/2022; Con s. St. IV, n. 3287/2021; T.A.R. Calabria (Reggio Calabria) I, n. 750/2022; T.A.R. Veneto (Venezia) I, n. 981/2022; T.A.R. Basilicata (Potenza) n. 108/2022 n. 108; T.A.R. Marche (Ancona) n. 468/2021.

che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall'amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze⁶⁰.

Il legislatore, infatti, per appalti di modico importo ha previsto modalità di affidamento semplificate e più snelle al fine di addivenire ad affidamenti in tempi rapidi⁶¹. Ne consegue che l'affidamento diretto non richiede una motivazione particolare e avviene con un unico atto dopo l'individuazione dell'affidatario.

La stazione appaltante deve selezionare l'operatore economico tra quelli *in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali*", al precipuo fine di garantire la buona riuscita dell'affidamento. A differenza dell'art. 1, co. 2, lett. a) del d.l. n. 76/2020, la norma non richiede *pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di riferimento*", estendendo così la platea degli operatori economici destinatari degli affidamenti diretti, atteso che, ai sensi dell'art. 50, le precedenti attività dell'operatore economico possono essere state espletate in ambiti anche non strettamente analoghi all'oggetto dell'affidamento ma comunque tali da garantire la corretta esecuzione del contratto.

Inoltre, la norma concede una significativa libertà all'amministrazione aggiudicatrice circa l'individuazione dell'operatore economico, che potrebbe essere selezionato tramite trattativa privata o previo avviso pubblico, oppure tramite il proprio elenco o, ancora, mediante altro elenco o albo istituito da altre amministrazioni. La stazione appaltante deve, in ogni caso, rispettare il principio di rotazione salvo che per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro (art. 49, co. 6).

4. La procedura negoziata

Le procedure negoziate sono definite dall'art. 3, co. 1, lett. h) dell'Allegato I.1 come le *procedure di affidamento in cui le stazioni appaltanti e gli enti concedenti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni del contratto*".

Rispetto all'affidamento diretto, la stazione appaltante ha l'obbligo di consultare - ove esistenti - un numero minimo di operatori economici, variabile a seconda dell'importo del contratto, e comparare le loro offerte selezionando quella che soddisfi maggiormente i suoi interessi. La procedura negoziata rappresenta, infatti, *un procedimento selettivo tramite gara*"⁶².

Vale rammentare che le stazioni appaltanti non possono selezionare gli operatori da invitare alle procedure negoziate tramite il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate. Sicché l'avviso di avvio dell'indagine di mercato deve indicare, ai sensi dell'art. 2, co. 3, All. II.1, i criteri utilizzati per la scelta degli operatori che dovranno essere: *oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza*". Solo se il ricorso a tali criteri dovesse risultare impossibile, oppure comportare per la stazione appaltante oneri assolutamente incompatibili con il celere svolgimento della procedura, si potrà utilizzare il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi.

⁶⁰ In questi termini, Cons. Stato sez V, sentenza n 503 del 15.01.2024 Cons. Stato, sez. IV, sentenza n. 3287 del 2021, nonché Vademecum ANAC per gli affidamenti diretti.

⁶¹ M.I.T. Parere n. 764/2020; M.I.T. Parere 753/2020.

⁶² T.A.R. Campania (Salerno) II, n. 2725/2021.

D'altro canto, l'art. 50 non ha riportato la previsione contenuta all'art. 1, comma 2, lett. b) d.l. n. 76/2020 che imponeva alla stazione appaltante di tenere conto, nell'ambito della selezione degli operatori, *anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate*", facendo venire così meno un siffatto obbligo.

Nell'ambito dell'affidamento tramite procedura negoziata sotto soglia, la stazione appaltante può scegliere discrezionalmente, nell'ottica del proprio interesse, se utilizzare il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa oppure del prezzo più basso, in deroga a quanto previsto dall'art. 108, co. 1, secondo cui nelle procedure ordinarie va adottato, di norma, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Solo nelle ipotesi previste dall'art. 108, co. 2, la stazione appaltante è obbligata ad applicare anche alle procedure negoziate il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa⁶³.

⁶³ Ai sensi di tale disposizione, 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.

IX. Subappalto

1. Inquadramento

Il subappalto costituisce un'eccezione alla regola dell'esecuzione personale e diretta delle prestazioni oggetto dal contratto d'appalto. Tale regola è sancita sia in ambito privatistico, dall'art. 1656 c.c. - secondo cui *"l'appaltatore non può dare in subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio, se non è stato autorizzato dal committente"* -, sia nel settore dei contratti pubblici, da ultimo dall'art. 119, co. 1, D.lgs. 36/2023.

Il nuovo codice definisce il subappalto, all'art. 119, co. 2, come 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.

Il contratto di subappalto è quindi un nuovo contratto del tutto distinto dal contratto di appalto principale, che rimane immutato tra le parti originarie, attraverso cui l'appaltatore diventa a sua volta committente verso il subappaltatore, senza alcun subentro di quest'ultimo nel rapporto contrattuale con la stazione appaltante. Giova anticipare, tuttavia, che il subappalto di tutte le prestazioni appaltate o della maggior parte di quelle incluse nella categoria prevalente è nullo ai sensi dell'art. 119, co. 1, D.lgs. 36/2023.

In generale, il subappalto risponde a finalità pro-concorrenziali, giacché consente - anche se soltanto nella fase esecutiva del contratto - alle piccole e medie imprese di poter accedere alle commesse pubbliche eseguendo particolari prestazioni, per ragioni di specializzazione o di convenienza economica, all'interno di appalti più ampi. Contrariamente all'impostazione europea, il subappalto è tradizionalmente visto con un certo disfavore dal legislatore italiano in considerazione dei rischi di infiltrazione criminale e di forme di irresponsabilità del terzo verso la stazione appaltante.

Dal subappalto si distingue, invece, il subaffidamento, che riguarda l'affidamento di prestazioni meramente strumentali e funzionalmente collegate con quelle oggetto del contratto principale. Non costituiscono, infatti, subappalto i contratti che hanno ad oggetto quei beni e servizi dei quali l'impresa aggiudicataria necessita per poter, essa sola, eseguire la prestazione oggetto del contratto d'appalto⁶⁴.

2. La disciplina del nuovo codice

La disciplina del subappalto è contenuta all'art. 119 del D.lgs. 36/2023, che replica in maniera quasi pedissequa il testo dell'art. 105 del D.lgs. 50/2016 nella sua ultima formulazione, con alcune modifiche, di natura perlopiù formale, per ragioni di maggiore chiarezza e semplicità.

La principale novità dell'articolo nel nuovo codice è l'ammissibilità del c.d. subappalto a cascata, che si configura quando i subappaltatori ricorrono a loro volta al subappalto. Tale possibilità prima era espressamente vietata dall'art. 105, co. 19, D.lgs. 50/2016, ma la scelta legislativa, come si legge nella relazione illustrativa del nuovo codice, deriva dall'esigenza di

⁶⁴ Così tra le tante, Cons. St. III, n. 5516/2021.

adeguarsi ai rilievi formulati dalla Corte di Giustizia e dalla Commissione UE⁶⁵. È stato quindi rimosso il divieto generale di subappalto a cascata, rimettendo alle stazioni appaltanti la possibilità di introdurre, nel rispetto dei principi di trasparenza e di tutela del mercato del lavoro, alcune limitazioni specifiche e motivate.

3. Le norme di dettaglio

Di seguito si fa una breve disamina - per quanto di interesse nella presente trattazione - delle norme di dettaglio che regolano il subappalto.

Il secondo comma dell'art. 119 specifica che costituisce, in ogni caso, 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% 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% dell'importo del contratto da affidare. Tali indici sono finalizzati a qualificare come subappalti - e non come meri subcontratti soggetti alla sola comunicazione - le forniture con la posa in opera e i noli a caldo per la loro alta incidenza di manodopera.

Tali condizioni devono sussistere cumulativamente e non in via alternativa⁶⁶.

Le stazioni appaltanti devono specificare quali prestazioni devono essere eseguite direttamente dall'aggiudicatario in ragione delle caratteristiche dell'appalto. Il decreto correttivo ha previsto che almeno il 20% delle prestazioni subappaltabili sia riservata alle piccole e medie imprese.

Al contrario, non costituiscono subappalto, per la loro specificità, le fattispecie elencate al terzo comma dell'art. 119⁶⁷.

⁶⁵ Nella lettera di costituzione in mora del 24/1/2019 la Commissione rilevava, in particolare, che dalle disposizioni ivi richiamate delle direttive 2014/24/UE e 2014/25/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”*.

⁶⁶ Cons. St. V, n. 1001/2021. L'importo del contratto deve, cioè, essere superiore al 2% dell'importo del contratto principale o comunque superiore a € 100.000 e, nel contempo, avere un'incidenza della manodopera superiore al 50%.

⁶⁷ 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.

Ai sensi del quarto comma dell'art. 119, gli affidatari possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante alle seguenti condizioni (anch'esse cumulative):

- 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.

Per costante e consolidata giurisprudenza, la mancata indicazione del subappaltatore in sede di presentazione dell'offerta non determina, però, l'esclusione dell'operatore⁶⁸.

L'affidatario, ai sensi del quinto comma, deve trasmettere alla stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni il contratto di subappalto e la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza delle cause di esclusione. La stazione appaltante verifica la dichiarazione mediante la Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

L'affidatario, ai sensi dell'art. 119, co. 10, sostituisce, previa autorizzazione della stazione appaltante, i subappaltatori in relazione ai quali, all'esito di apposita verifica, sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione, con altro subappaltatore in possesso di tutti i requisiti generali e speciali necessari per l'esecuzione.

Inoltre, a mente del comma 16 dell'art. 119, 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 c.c. ("*Società controllate e società collegate*") con il titolare del subappalto o del cottimo. In caso di raggruppamento temporaneo, società o consorzio, la stessa dichiarazione va rilasciata da tutti i soggetti partecipanti.

Il contraente principale e il subappaltatore sono responsabili in solido verso la stazione appaltante per le prestazioni oggetto del contratto di subappalto, anche con riferimento agli obblighi retributivi e contributivi. L'affidatario e, suo tramite, i subappaltatori devono trasmettere alla stazione appaltante prima dell'inizio dei lavori la documentazione di avvenuta denuncia agli enti previdenziali, inclusa la Cassa edile, assicurativi e antinfortunistici. Prima del pagamento, la stazione appaltante dovrà acquisire d'ufficio il documento unico di regolarità contributiva (DURC) in corso di validità dell'affidatario e di tutti i subappaltatori. Per contrastare il lavoro sommerso, il DURC è altresì comprensivo della verifica della congruità dell'incidenza della manodopera nello specifico contratto affidato.

Nei casi indicati all'art. 119, co. 11, la stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore e ai titolari di sub-contratti l'importo dovuto per le prestazioni eseguite⁶⁹.

In ottica di rafforzare i controlli sui luoghi di lavoro e di tutelare i lavoratori, l'art. 119, co. 12, impone al subappaltatore di applicare il medesimo contratto collettivo di lavoro del contraente principale oppure un contratto collettivo differente che garantisca un trattamento

⁶⁸ Sul punto, Cons. St. Adunanza Plenaria n. 9/2015; Cons. St. VII, n. 808/2023.

⁶⁹ E cioè: 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.

economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale. Similmente la norma prevede che l'affidatario corrisponda alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso i costi della sicurezza e della manodopera per le prestazioni affidate in subappalto, e che la stazione appaltante, sentito il direttore dei lavori, il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione oppure il direttore dell'esecuzione, provveda alle verifiche del caso.

Come già accennato, il nuovo codice ha eliminato il divieto di c.d. subappalto a cascata rimettendo alla stazione appaltante - alla stregua del subappalto ordinario - il compito di individuare i lavori che non possono formare ulteriore subappalto. Più precisamente, l'art. 119, co. 17, stabilisce che 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.

Nella relazione illustrativa si precisa che 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 comma⁷⁰. Va, tuttavia, segnalato che a tale normativa di "principio" non si affianca una disciplina operativa del subappalto a cascata che ne chiarisca le modalità di attuazione quanto al procedimento da seguire per autorizzarlo e monitorarlo.

Il comma 18 chiarisce che l'art. 119 si applica anche ai raggruppamenti temporanei e alle società anche consortili, quando le imprese riunite o consorziate non intendono eseguire direttamente le prestazioni scorporabili, nonché - sotto il profilo oggettivo - agli affidamenti con procedura negoziata.

In ultimo, il comma 20 stabilisce che 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 per le prestazioni eseguite in subappalto; tali certificati possono essere utilizzati per ottenere o rinnovare l'attestazione di qualificazione esclusivamente dai subappaltatori.

⁷⁰ Questo - si legge nella relazione - 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.