



*CORSO DI PREPARAZIONE ALL'ESERCIZIO DELLE FUNZIONI
DI DIRIGENTE DEGLI UFFICI GIUDIZIARI*

6 aprile 2023

*I principi generali, in tema di contratti pubblici,
con particolare riferimento ai ruoli del RUP, del
DEC e del Direttore dei lavori.*

Raffaele Mea

Principi generali, in particolare il principio di rotazione e le cause di esclusione, ambiti di applicazione e competenze

La natura composita di questo primo argomento impone di iniziare dai principi generali che ispirano il disegno codicistico e che trovano una prima configurazione normativa negli artt. 1 -3 nonché 4 e 5 per gli appalti esclusi

I principi generali

Si ricordi che il D.lgs. 19 aprile 2016, n. 50, entrato in vigore il giorno seguente, ha recepito le tre Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle utilities, ovvero sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e, contestualmente, ha riordinato la disciplina dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. In attuazione delle disposizioni della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, il nuovo Codice dei contratti pubblici ha perciò sostituito quello previgente, segnando, almeno nei proclami che ne hanno preceduto l'adozione, una sostanziale rivoluzione di questo comparto. Certamente, **la nuova fase della contrattualistica pubblica si presenta in forme nuove: all'archiviazione del regolamento quale tipico mezzo di attuazione delle norme codicistiche, segue la stagione delle "linee guida", in breve largamente diffusesi**

I principi generali del codice appalti

L'art. 1 si preoccupa di individuare il perimetro entro il quale si muove la disciplina codicistica, preoccupandosi al primo comma di stabilire che *«Il presente codice disciplina i contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi pubblici di progettazione.*

I principi generali del codice

- Ciò che a noi interessa, come uffici giudiziari, è il comma 2, lett. a) punto 2) laddove prevede che il codice si applica anche nei riguardi di *«lavori di edilizia relativi a ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari e edifici destinati a funzioni pubbliche»* Questa disposizione, riferendosi a edifici destinati a pubbliche funzioni, risulta infatti calzante con il caso in cui i lavori interessino edifici che ospitano uffici giudiziari. Ebbene, il comma 3 del medesimo articolo stabilisce che *«Ai soggetti di cui al comma 2, lettere a), b), d) ed e), non si applicano gli articoli 21 relativamente alla programmazione dei lavori pubblici, 70 e 113»*.

I principi generali del codice

L'art. 113 prevede: **Incentivi per funzioni tecniche** :
«1. **Gli oneri** inerenti alla progettazione, alla direzione dei lavori ovvero al direttore dell'esecuzione, alla vigilanza, ai collaudi tecnici e amministrativi ovvero alle verifiche di conformità, al collaudo statico, agli studi e alle ricerche connessi, alla progettazione dei piani di sicurezza e di coordinamento e al coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione quando previsti ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, alle prestazioni professionali e specialistiche necessari per la redazione di un progetto esecutivo completo in ogni dettaglio **fanno carico agli stanziamenti previsti per i singoli appalti di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti**».

Incentivi per le funzioni tecniche

- E' in corso l'interlocuzione con le organizzazioni sindacali per consentire l'avvio della corresponsione degli incentivi a RUP e DEC e di cui più tardi si parlerà

I principi generali del codice

La disamina della primissima parte del codice, che non a caso si sofferma sui principi generali, non può prescindere dall'art. 2 dell'impianto codicistico, rubricato «*Competenze legislative di Stato, Regioni e Province autonome*». Esso prevede che «*Le disposizioni contenute nel presente codice sono adottate nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, ordinamento civile, nonché nelle altre materie cui è riconducibile lo specifico contratto.*

2. Le Regioni a statuto ordinario esercitano le proprie funzioni nelle materie di competenza regionale ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione»

I principi generali del codice: il riparto di competenze

- Tale norma si preoccupa di individuare il criterio di riparto tra le competenze statali e regionali in materia. Le Regioni a Statuto ordinario possono esercitare le loro funzioni nei limiti di cui all'art. 117 della Costituzione.
- L'art. 3 invece contiene una serie infinita di definizioni, delle quali importa ricordare soprattutto quelle in materia di appalti e concessioni. **Un ufficio giudiziario è senz'altro inquadrabile tra le “amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali”**. Trattasi di *drafting* tipicamente comunitario

I principi generali: il riparto di competenze

Il radicamento in ambiti materiali diversi è anzitutto imposto dalla distinzione della disciplina generale degli appalti pubblici secondo due fasi, di cui la prima, a carattere autoritativo, comprende la procedura ad evidenza pubblica diretta alla scelta del contraente, sottoposta all'osservanza delle norme del Codice, e la seconda, a carattere negoziale, si apre con la stipula e ha ad oggetto l'attuazione del rapporto contrattuale. La diversità, per struttura e funzione, di queste **due fasi, comporta che esse siano sussumibili, per usare le parole del Consiglio di Stato, sotto "due titoli di legittimazione legislativa esclusiva statale"**.

Rispetto a questo schema, alla materia *"tutela della concorrenza"* corrisponde la prima fase, volta alla scelta del contraente. La funzione della disciplina legislativa, sotto questo profilo, è quella prevalente di **assicurare la "concorrenza per il mercato" o, potrebbe dirsi, la concorrenza "a regime di mercato"**, che comporta il pieno rispetto delle libertà fondamentali di libera circolazione delle persone, delle merci, dei capitali e dei servizi

I principi generali del codice: il riparto di competenze

La materia “*ordinamento civile*”, invece, attrae la fase di conclusione ed esecuzione del contratto, nella quale la P.A., di regola, non esercita poteri autoritativi né normativi ma opera *iure privatorum*. Secondo la giurisprudenza costituzionale non viene qui in rilievo una disciplina generale di matrice regionale, pur senza escludere che, “*in relazione a peculiari esigenze di interesse pubblico*”, in capo all’Amministrazione potrebbero residuare “*poteri riferibili, tra l’altro, a specifici aspetti organizzativi afferenti alla stessa fase esecutiva*”

I principi generali e le linee guida

Possiamo quindi concludere la disamina dell'articolo osservando che per gli edifici che ospitano uffici giudiziari il legislatore riserva un principio di *deregulation* nel senso che consente l'effettuazione di lavori pur in assenza di previa programmazione.

Il legislatore, con il D.L. n. 98/2011, art. 12 e il successivo Decreto interministeriale 8/10/2012 ha attribuito all'Agenzia del Demanio il compito di MANUTENTORE UNICO

Il Manutentore Unico



LINEE GUIDA SISTEMA ACCENTRATO delle MANUTENZIONI (D.L. n. 98/2011, art. 12)

Il legislatore, con il D.L. n. 98/2011, art. 12 e il successivo Decreto interministeriale 8/10/2012 ha attribuito all'Agenzia del Demanio il compito di sovrintendere al processo decisionale di spesa, con il supporto

tecnico del M.I.T., relativo agli interventi manutentivi sugli immobili dello Stato e sugli

immobili di proprietà di terzi in uso alle Amministrazioni dello Stato, di cui all'art.1 comma 2 del D.lgs. 165/2001 e successive modificazioni

Gli interventi in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro

- **gli interventi per la sicurezza dei luoghi di lavoro sono posti a carico dell'Amministrazione c.d. "usuarìa", a norma del D.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e ai sensi dell'art. 12, comma 2, lett. d), del decreto-legge n. 98 del 2011, che dispone:**
- **"Gli interventi di piccola manutenzione nonché quelli atti ad assicurare l'adeguamento alle disposizioni di cui al Decreto Legislativo 9 aprile 2008, n. 81 sono curati direttamente dalle Amministrazioni utilizzatrici degli immobili, anche se di proprietà di terzi. Tutti gli interventi sono comunicati all'Agenzia del demanio preventivamente, al fine del necessario coordinamento con le attività poste in essere ai sensi delle lettere a), b) e c) e, nel caso di immobili in locazione passiva, al fine di verificare le previsioni contrattuali in materia".**

La norma per il Ministero della Giustizia

- Per l'Amministrazione della Giustizia, la suddetta disposizione (che esiste sin dal 2011) ha acquistato pregnanza a partire dal 1^a settembre 2015, in forza della riforma che ha posto a carico del Ministero le spese obbligatorie per il funzionamento degli uffici giudiziari, tra cui “le spese necessarie per i locali ad uso degli Uffici giudiziari, e per le pigioni, riparazioni, manutenzione, illuminazione, riscaldamento e custodia dei locali medesimi” (art. 1, primo comma, legge n. 392/1941).

La Circolare della Direzione Risorse Materiali sui lavori

- E' opportuno parlarne per descrivere l'attuale situazione nella gestione degli immobili giudiziari



Firmato digitalmente da:
ORLANDO MASSIMO
Firmato il 12/03/2023 22:15
Seriale Certificato: 709522
Valido dal 08/09/2021 al 08/09/2024
InfoCamere Qualified Electronic Signature CA



m_dg.DOG.13/03/2023.0068070.U



Ministero della Giustizia

*Dipartimento dell'Organizzazione Giudiziaria, del Personale e dei Servizi
Direzione Generale delle Risorse Materiali e delle Tecnologie*

**Ai Sig.ri Presidenti delle Corti di Appello
Ai Sig.ri Dirigenti Amministrativi delle Corti di Appello**

**Ai Sig.ri Procuratori Generali presso le Corti di Appello
Ai Sig.ri Dirigenti Amministrativi delle Procure Generali presso le Corti di Appello**

nonchè, per opportuna conoscenza

**al Viceministro Sen. Avv. F. P. Sisto
Al Sig. Capo di Gabinetto dell'On. Ministro
Al Sig. Capo Dipartimento dell'Organizzazione Giudiziaria,
del Personale e dei Servizi**

**al Direttore dell'Ufficio periferico di Napoli dott. Mea
Al Direttore dell'ufficio VI ing. Domenico Menale
Al responsabile della struttura di supporto dott. Rosario Siervo**

**Al direttore amministrativo dott. Brunelli
All'assistente dott. Ambrosino
Al personale amministrativo e tecnico dell'ufficio VI della Direzione**

OGGETTO: Interventi diretti ad assicurare la sicurezza dei luoghi di lavoro, a norma del D.lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

Per eventuali chiarimenti sulla presente circolare
infolavori.dgrisorse@giustizia.it

1. Premessa

In data 2 gennaio 2023 ho disposto la trasmissione a tutti gli uffici di 2° grado una bozza di circolare sugli appalti di lavori pubblici, per consentirne l'esame preventivo, prima cioè che essa fosse adottata formalmente.

Alla riunione convocata dal Capo DOG, tenutasi l'8 febbraio, sono state raccolte le osservazioni dei Capi degli uffici e dei dirigenti amministrativi che vi hanno partecipato.

Esse possono essere così sintetizzate:

- a) conflitto di attribuzioni tra Ministero e uffici giudiziari

La Delibera ANAC sulla qualificazione delle stazioni appaltanti



DELIBERA N. 441
del 28 settembre 2022

Oggetto

Approvazione delle Linee guida recanti «attuazione – anche a fasi progressive - del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza da porre alla base del nuovo sistema di qualificazione che sarà reso operativo al momento della entrata in vigore della riforma della disciplina dei contratti pubblici.».

Riferimenti normativi

Articolo 38 del decreto legislativo del 18/4/2016, n. 50 (di seguito codice dei contratti pubblici).

Parole chiave

Linee guida qualificazione stazioni appaltanti

La Delibera ANAC sulle Stazioni Appaltanti qualificate

- Requisiti per la qualificazione relativa alla progettazione e all'affidamento di lavori per le stazioni appaltanti:
- Sono particolarmente rigorosi e prevedono l'attribuzione di punteggi....
- Oltre ai requisiti obbligatori di cui al punto 5.1, la stazione appaltante, in una prima fase sperimentale, ottiene un punteggio secondo il grado di possesso dei seguenti requisiti:
- Requisito Punteggio massimo ottenibile presenza nella struttura organizzativa di dipendenti aventi specifiche competenze 20 punti
- sistema di formazione e aggiornamento del personale 20 punti
- numero di gare svolte per i vari livelli di qualificazione nel quinquennio precedente a quello della domanda di qualificazione 40 punti - ECC....

IN SINTESI ANCHE CON L'ISTITUZIONE DEGLI UFFICI PERIFERICI SARA' DIFFICILE RISPETTARE I PREDETTI REQUISITI.

IL NOSTRO PROBLEMA HA SEMPRE RIGUARDATO «IL PERSONALE CON SPECIFICHE COMPETENZE»

Il RUP (Responsabile Unico del procedimento)

Il tema è oggetto dell'**art. 31 del Codice** attualmente in vigore, che presenta un contenuto molto ampio. Il primo comma impone la individuazione del RUP anche nell'atto di avvio relativo ad ogni singolo intervento per le esigenze non incluse in programmazione. Poiché, come si è rilevato in apertura dei lavori, l'ufficio giudiziario può essere dispensato dalla programmazione, la norma conferma in ogni caso la necessità anche per queste amministrazioni, la nomina del RUP.

Perché si dice «unico»? Perché è il medesimo «per le fasi della programmazione, della progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione».

Il RUP

Dal tenore dell'articolo balzano agli occhi evidenti alcuni profili qualificanti della disciplina:

- 1) Il RUP è nominato con atto formale del soggetto responsabile dell'unità organizzativa «tra i dipendenti di ruolo addetti all'unità medesima»;
- 2) Il RUP deve essere dotato del necessario inquadramento giuridico e deve essere di «competenze professionali adeguate»;
- 3) L'ufficio è obbligatorio e non può essere rifiutato

II RUP

Il comma 5 demanda ad un regolamento anche per stabilire quando il RUP possa coincidere con il progettista, il direttore dei lavori o il direttore dell'esecuzione.

Si rammenti che, in base al comma 8, gli incarichi che la stazione appaltante ritenga indispensabili a supporto dell'attività del RUP possono essere affidati in via diretta in caso di importo inferiore a euro 40.000.

Il RUP – comma 6 dell'art. 31

- Per i lavori e i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura il RUP deve essere un tecnico; ove non sia presente tale figura professionale, le competenze sono attribuite al responsabile del servizio al quale attiene il lavoro da realizzare.

La risoluzione approvata dalla Camera per i Ministero della Giustizia

- Modifica della disciplina transitoria del nuovo codice degli appalti.
- TESTO APPROVATO DALLA COMMISSIONE il 27/03/23:

impegna il Governo

ad adottare le opportune iniziative normative, da inserire nel decreto correttivo, volte a modificare, per le esigenze specificate in premessa, la disciplina transitoria di cui all'articolo 2, comma 2, lettera b), dell'allegato II.4 dello schema di decreto legislativo relativo al nuovo codice degli appalti, dal tenore analogo a quella contenuta nell'articolo 31, comma 6, del vigente decreto legislativo n. 50 del 2016 con la quale si dispone che «Per i lavori e i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura il RUP deve essere un tecnico; ove non sia presente tale figura professionale, le competenze sono attribuite al responsabile del servizio al quale attiene il lavoro da realizzare».

I principi generali del codice

Ora conviene evidenziare la formulazione del primo comma DELL'ART. 31, dal seguente tenore: «***Per ogni singola procedura per l'affidamento di un appalto o di una concessione le stazioni appaltanti individuano, nell'atto di adozione o di aggiornamento dei programmi di cui all'articolo 21, comma 1, ovvero nell'atto di avvio relativo ad ogni singolo intervento per le esigenze non incluse in programmazione, un responsabile unico del procedimento (RUP) per le fasi della programmazione, della progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione***». Molto si è detto del RUP, ora quale soggetto imparziale deputato all'espletamento dell'attività istruttoria, alla stessa stregua del vecchio giudice istruttore del processo penale, ora quale caprio espiatorio della PA per le numerose responsabilità che si assume. Quello che è opportuno evidenziare in questa sede è che anche quanto, come nel caso delle amministrazioni giudiziarie, si possa derogare alla necessaria fase programmatica, la nomina del RUP è comunque necessaria.

Il RUP – nelle Linee Guida ANAC

• Linee Guida n. 3

Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni:

2. Nomina del responsabile del procedimento

2.1. Per ogni singola procedura di affidamento di un appalto o di una concessione, le stazioni appaltanti, **con atto formale del dirigente o di altro soggetto responsabile dell'unità organizzativa, individuano un RUP** per le fasi della programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione.

Il RUP svolge i propri compiti con il supporto dei dipendenti dell'amministrazione aggiudicatrice.

2.2. **Il RUP è individuato, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 31, comma 1, del codice, tra i dipendenti di ruolo addetti all'unità organizzativa** inquadrati come dirigenti o dipendenti con funzioni direttive o, in caso di carenza in organico della suddetta unità organizzativa, tra i dipendenti in servizio con analoghe caratteristiche.

Il RUP nel nuovo codice degli appalti

Il 31/03/2023 è stato pubblicato il D.Lgs. 36/2023 che secondo i primi autorevoli commenti: (Maria A. Sandulli)«...merita dunque di essere valutato *sine ira ac studio*».

Il nuovo Codice innova profondamente la figura del RUP, che diventa “Responsabile Unico di Progetto” o, in altri termini, responsabile unico “dell’intervento pubblico” complessivamente inteso. La transizione dalla responsabilità del “procedimento” a quella del “progetto” è anzitutto coerente con il nuovo contesto delineato dal principio del risultato.

Come si dà conto nella Relazione illustrativa, l’art. 15 del Codice – conservandone la centralità e la trasversalità del ruolo – ridisegna la portata e la figura del RUP, che è un responsabile “di progetto” (o di “intervento”) e non di “procedimento” (definizione forse viziata dal riferimento alla legge n. 241 del 1990, che non appare pienamente conferente): infatti, si tratta del **responsabile di una serie di “fasi” preordinate alla realizzazione di un “progetto”, o un “intervento pubblico” (fasi per il cui espletamento si potrà prevedere la nomina di un “responsabile di fase”, a sostegno dell’attività del RUP).**

segue Il RUP nel Nuovo Codice degli appalti

- Il Codice, così come il suo allegato I.2, si sono mossi partendo da un punto fermo: la peculiarità della disciplina dei contratti di appalto in cui è parte un soggetto pubblico, rispetto a quella generale sul procedimento amministrativo. La figura disciplinata dall'art. 15 del codice non è un doppione (con qualche limitata particolarità) del responsabile del procedimento disciplinato in via generale dagli artt. 4, 5 e 6 della legge n. 241 del 1990.
- Il codice ha quindi voluto superare l'equivoco concettuale, dovuto alla scelta del nome e poi dell'acronimo R.U.P. mantenendo inalterato l'acronimo (per una pura coincidenza) ma mutando il nome al fine di sottolineare che il ruolo ricoperto è quello di responsabile non di uno o più procedimenti ma di tutto l'intervento pubblico.

I Compiti e le funzioni del RUP

L'Attività del RUP

I NUOVI compiti e le attività del RUP sono contenuti nell'ALLEGATO I.2.

L'allegato disciplina la nomina i requisiti e i compiti del responsabile unico del progetto (RUP) per l'affidamento di appalti e concessioni, ai sensi dell'articolo 15, comma 5, del codice.

Il RUP nel Nuovo codice degli appalti

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

I nuovi compiti del RUP

- L'individuazione dei compiti del RUP è effettuata con il metodo delle elencazioni esemplificative.
- Ogni disposizione contiene una norma di chiusura poiché va tenuto in debito conto che il RUP svolge tutti i compiti relativi alla realizzazione dell'intervento pubblico che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti.
- È questa la ragione primaria, data la delicatezza dei compiti e delle pesanti responsabilità connesse, per cui è stata concessa la **facoltà di nominare responsabili di fase**, che possono essere di grande ausilio nella gestione dei molteplici e delicati compiti connessi alla realizzazione dell'intervento pubblico.

IL DEC

- Il DEC, Direttore dell'esecuzione del contratto, nominato dal Direttore Generale, ha il compito disporre l'avvio dell'esecuzione del contratto svolgendo un'attività di controllo sulla regolare esecuzione delle opere nel rispetto dei tempi e dei costi secondo le prescrizioni contrattuali.

Supervisore

- In alcuni casi, come avviene nell'Accordo Quadro «Grandi Immobili» viene utilizzato il termine «Supervisore» che in sostanza ha i poteri del direttore dell'esecuzione del contratto

Il Direttore dei Lavori

- Il direttore dei lavori è la figura professionale individuata dal committente (pubblico o privato) che ha il compito principale di assistere e sorvegliare i lavori, garantendo la regolare esecuzione secondo quanto previsto dal progetto e dalle norme, impartendo le opportune istruzioni quando necessario.
- Solitamente tale incarico viene affidato ad un soggetto esterno all'amministrazione.

Schema seguito per gli atti di determina

- Sistema ibrido:
- Determina a firma del Direttore Generale
- Designazione del RUP su indicazione del Capo dell'Ufficio Giudiziario
- Gestione della procedura a cura dell'Ufficio che beneficia dell'intervento
- Approvazione a cura dell'Ufficio
- Pagamento a cura dell'Ufficio con lo schema della spesa delegata

I principi generali del codice

Andando più avanti nel testo normativo ci imbattiamo nell'art. 30 rubricato *Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni*. Di questo parleremo diffusamente più avanti, rientrando nel tema «*Modalità di affidamento*». Valorizziamo, per ora, il primo comma ove è statuito che «*L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice*». Come si vede la norma richiama, in parte, i principi già conati per gli appalti cd. esclusi

I principi generali del codice

Possiamo quindi affermare che il significato di questa prima parte è quella di fissare dei principi che abbiano valenza interpretativa, in quanto, nel dubbio che può ingenerare una norma equivoca, deve prevalere una interpretazione che sia conforme all'esigenza di **salvaguardare la par condicio tra i concorrenti**.

I principi generali del codice

Non possiamo trascurare l'ulteriore periodo di questo primo comma, che così statuisce: *«Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico».*

E' una delle grandi novità del nuovo codice appalti del 2016 perché opera una precisa **graduazione dei valori tra quelli patrimoniali e quelli essenziali**. Trattasi di una scelta conforme con l'assetto assiologico della Costituzione ma a tale consacrazione normativa si è pervenuti a seguito della spinta comunitaria. Si può quindi affermare che i valori che sottendono il diritto unionale oggi non sono solo quelli intesi alla più ampia applicazione della concorrenza ma anche quelli di tutela dell'ambiente.

I principi generali del codice

Molto importante è anche il comma 2 dell'art. 30, che così prevede: «*Le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificialmente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi*». Trattasi di una previsione che comprova la **persistente attenzione offerta dal legislatore al valore della concorrenza**, quale valore fondativo ed irrinunciabile.

I Principi del Nuovo Codice degli Appalti

D. Lgs. 36/2023

- Fondamentale nel rinnovato quadro normativo è l'introduzione, tra gli altri, dei seguenti principi, contenuti agli articoli 1, 2 e 3 del Nuovo Codice:
- **principio di risultato;**
- **principio della fiducia;**
- **principio dell'accesso al mercato.**
- Tali principi vengono considerati dal Legislatore alla stregua di veri e propri criteri di interpretazione delle altre norme del Codice e sono ulteriormente declinati in specifiche disposizioni di dettaglio.
- La norma in esame quindi, prescrive alle Stazioni Appaltanti di interpretare le restanti disposizioni e orientare il proprio operato sulla scorta di quanto stabilito da detti principi.

I Principi del Nuovo Codice degli Appalti

D. Lgs. 36/2023

- **Il principio di risultato**
- Con il principio del risultato, viene enunciato l'interesse pubblico primario del Nuovo Codice, che le Committenze pubbliche devono perseguire, ossia: l'affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza (art. 1, c. 1).

I Principi del Nuovo Codice degli Appalti

D. Lgs. 36/2023

- **Il principio della fiducia:**

- Il principio della fiducia è codificato all'articolo 2 del D. Lgs. 36/2023.
- Esso attiene alle azioni ed ai rapporti legittimi, trasparenti e corretti tra la Pubblica Amministrazione e gli operatori economici e permea di sé le diverse fasi in cui si sviluppano i Contratti Pubblici: programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione.
- Il principio della fiducia è correlato al principio di risultato, essendo volto a favorire l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, affinché pongano in essere valutazioni e scelte per l'acquisizione e per l'esecuzione delle prestazioni proprio secondo il principio del risultato.

I Principi del Nuovo Codice degli Appalti

D. Lgs. 36/2023

- **Il principio dell'accesso al mercato**
- Le Committenze pubbliche sono tenute a favorire l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità.
- Il principio non rappresenta una novità nel contesto delle regole comunitarie e nazionali relativi all'azione amministrativa.

Il principio di rotazione (degli affidamenti)

La volontà è quella di evitare la formazione di rendite di posizione a favore di alcuni operatori economici in violazione del principio di concorrenza e di favorire la distribuzione delle opportunità degli operatori economici, specie se micro, piccole e medie imprese, di essere affidatari di un contratto pubblico.

Il Decreto correttivo del 2017 ha modificato la norma sottolineando che la rotazione deve aver riguardo sia agli affidamenti che agli inviti. Per quanto attiene al concetto di rotazione degli affidamenti, appare immediato che ciò comporti l'impossibilità per la stazione appaltante di affidare direttamente un appalto all'impresa uscente, dovendone necessariamente individuare una nuova.

Il principio di rotazione

Conviene partire dalla formulazione dell'art. 36 del Codice, rubricato Contratti sotto soglia: *«L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese»*. La norma, come si vede, si preoccupa di individuare gli obiettivi che si prefigge e questo può avere un preciso significato a fini interpretativi.

Il principio di rotazione

Il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti è uno dei principi fissati dall'articolo 36 del Codice dei Contratti Pubblici da rispettare nelle procedure di affidamento sotto soglia comunitaria. Con tale espressione si intendono quei contratti che hanno un minore valore economico e pertanto si trovano al di sotto di una precisa soglia economica. Il principio di rotazione è finalizzato al non consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese, favorendo la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico.

Il principio di rotazione (degli inviti)

Maggiori dubbi interpretativi sono sorti in merito al concetto di rotazione degli inviti, con posizioni giurisprudenziali più rigorose che hanno ritenuto che questo comportasse il divieto di invito sia degli operatori economici precedentemente invitati e risultati non aggiudicatari sia del precedente affidatario. Diametralmente opposte altre sentenze che hanno invece ritenuto legittimo un nuovo invito degli operatori precedentemente invitati, compreso l'aggiudicatario.

Il principio di rotazione (degli inviti) per la giurisprudenza

Il Tar Lecce, sez. II, 15 dicembre 2016, n. 1906 ha stabilito che *«Ai sensi dell'art. 36, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in applicazione del principio di rotazione è legittimo il mancato invito, ad una gara per l'affidamento di un appalto di servizi sotto soglia, del gestore uscente»*. Ha chiarito il Tar, richiamando un precedente in termini (Tar L'Aquila 9 giugno 2016, n. 372), che **la Stazione appaltante non ha alcun obbligo di invitare, ad una gara informale, il gestore uscente, ma una mera facoltà, di cui, proprio per il principio di massima partecipazione, e in caso di esercizio effettivo, la stessa stazione appaltante deve dare motivato conto all'esterno**; in sostanza, ove l'Amministrazione si determini a invitare anche il precedente gestore, dovrebbe spiegare l'apparente contrasto con il principio, normativamente fissato, di rotazione.

Il principio di rotazione (degli inviti)

Il Tar Sardegna, sez. I, 22 maggio 2018, n. 492 ha a sua volta rilevato che «*Ai sensi dell'art. 36, d.lgs. 18 aprile 2018, n. 50, se l'affidamento "sotto soglia" si svolge previa procedura comparativa, l'applicazione del principio di rotazione è anticipata al momento della scelta dei soggetti da invitare*». Ha chiarito il Tar che il principio di rotazione degli inviti non è dotato di portata precettiva assoluta e perciò sopporta alcune limitate deroghe, come espressamente chiarito dalle Linee Guida n. 4 A.N.A.C. sugli affidamenti sotto soglia approvate con deliberazione 26 ottobre 2016, n. 1097, nelle quali è stata espressamente consentita una motivata deroga al principio di rotazione in caso di *"riscontrata effettiva assenza di alternative ovvero del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti)"* e negli stessi termini si è pronunciata anche la Commissione speciale del Consiglio di Stato con parere 12 febbraio 2018, n. 361, chiarendo che *"il principio di rotazione comporta in linea generale che l'invito all'affidatario uscente rivesta carattere eccezionale e debba essere adeguatamente motivato, avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto ed alle caratteristiche del mercato di riferimento"*.

Il principio di rotazione (degli inviti)

Nel caso all'esame del Tar, la decisione "a monte" di invitare alla gara (anche) il gestore uscente è stata espressamente ricollegata tanto all'elevato "*grado di soddisfazione*" riscontrato nella sua precedente gestione, quanto all'assenza di un numero sufficiente di offerte alternative. In tal modo, l'Amministrazione ha, quindi, correttamente motivato la propria decisione di invitare il gestore uscente proprio in relazione alle due sopra descritte evenienze che in via generale consentono una deroga al generale "divieto di invito" del gestore uscente.

Il principio di rotazione

Le Linee Guida ANAC n. 4, come recentemente novellate, hanno affrontato alcuni aspetti di problematicità legati al principio di rotazione:

- In primo luogo si precisa che il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti si applica alle procedure rientranti nel medesimo settore merceologico, categorie di opere e settore di servizi di quelle precedenti, nelle quali la stazione appaltante opera limitazioni al numero di operatori economici selezionati.

Il principio di rotazione

Pertanto il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti si applica con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi.

- Si consente che i regolamenti interni delle singole stazioni appaltanti possano prevedere fasce, suddivise per valore, sulle quali applicare la rotazione degli operatori economici.

Il principio di rotazione (degli inviti)

La stazione appaltante, in apposito regolamento può suddividere gli affidamenti in fasce di valore economico, in modo da applicare la rotazione solo in caso di affidamenti rientranti nella stessa fascia. Il provvedimento di articolazione in fasce deve prevedere un'effettiva differenziazione tra forniture, servizi e lavori e deve essere adeguatamente motivato in ordine alla scelta dei valori di riferimento delle fasce.

Ancora sul principio di rotazione

Secondo la giurisprudenza, detto principio risponde all'esigenza di evitare la c.d. asimmetria informativa nel libero mercato a causa del consolidamento di rendite di posizione in capo al contraente uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), nonché in capo all'operatore invitato nella precedente procedura di selezione della Stazione Appaltante, senza che risultasse affidatario (per il quale il rischio di consolidamento della rendita di posizione è certamente attenuato rispetto alla posizione di vantaggio che caratterizza il gestore uscente): in termini T.A.R. Campania, sez. IV, 09/07/2018, n.4541.

Inapplicabilità del principio di rotazione

Ma se tale è la ratio del principio, risulta evidente come allo stesso risulti estranea la fattispecie in cui l'operatore economico sia stato invitato a differenti gare, per le quali è stata richiesta una diversa qualificazione, così come nel caso in esame in cui l'impresa ricorrente – per come pacifico tra tutte le parti in giudizio- era stata invitata ad una precedente procedura negoziata per la quale era richiesto il possesso di una categoria diversa (OS28 invece che OG1) rispetto a quella di cui alla gara per cui è causa.

In tale situazione, non si rinviene alcuna giustificazione per estendere l'applicazione del principio di rotazione.

Il principio di rotazione

Il principio in esame non si applica, per giurisprudenza consolidata, ove si tratti di procedure aperte. In particolare, il Tar Campania ha chiarito, alla luce delle Linee Guida Anac sul sotto-soglia, che il principio di rotazione delle imprese non si applica alle procedure aperte, anche se si tratta di affidamenti sotto-soglia.

Cause di esclusione, ambiti di applicazione e competenze (anche esclusive)

A tal riguardo viene in evidenza l'art. 80 del Codice nella sua ampia formulazione. A ciò deve aggiungersi l'art. 83 sul principio di tassatività delle cause di esclusione e l'art. 42 sul conflitto d'interessi.

Partiamo dal principio di tassatività delle cause di esclusione. Il comma 8 dell'articolo 83 del D.Lgs. n. 50/2016, in continuità con il previgente comma 1 bis dell'articolo 46 del D.Lgs. n. 163/2016, pone il principio di tassatività delle cause di esclusione della gara, comminando la nullità delle previsioni della lex specialis di gara che stabiliscano cause di esclusione ulteriori e diverse rispetto a quelle normativamente fissate.

Il principio di tassatività delle cause di esclusione

Si afferma in giurisprudenza che, pur nel vigore della nuova “codificazione” in materia di contratti pubblici, continua a dover essere qualificato in termini di annullabilità, e non di nullità, il vizio della legge di gara che si ponga in contrasto con precetti inderogabili di legge o regolamento in materia di requisiti di partecipazione alla procedura, ovvero detti una disciplina con essi incompatibile, senza per questo introdurre cause di esclusione violative del menzionato principio di tassatività (cfr. Cons. Stato, A.P., 25 febbraio 2014, n. 9);

Clausole escludenti contenute nella legge di gara

in presenza di clausole immediatamente escludenti, sussiste l'onere di immediata impugnazione in capo a chi ne contesti la legittimità.

Questo ci induce ad una riflessione in ordine al contenzioso che le procedure di gara possono innescare: la giurisdizione è del giudice amministrativo (Tar/Consiglio di Stato) in sede esclusiva. Tale giurisdizione investe innanzitutto gli atti di esclusione e le aggiudicazioni, ma anche i bandi quando siano immediatamente lesivi.

Le clausole immediatamente escludenti

L'Adunanza Plenaria n. 4 del 26 aprile 2018 ha richiamato la consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato ed ha ricapitolato come segue le ipotesi delle “clausole immediatamente escludenti”:

- a) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (si veda Cons. Stato sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671);
- b) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così l'Adunanza plenaria n. 3 del 2001);

Le clausole immediatamente escludenti

- c) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (cfr. Cons. Stato sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980);
- d) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135; Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015 n. 293);
- e) clausole impositive di obblighi contra ius (es. cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto: Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222);

Le clausole immediatamente escludenti

- f) bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come ad esempio quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" pt.);
- g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso" (cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011 n. 5421)".

Le clausole immediatamente escludenti

Per converso, la medesima Adunanza Plenaria ha *“ribadito il principio generale secondo il quale le rimanenti clausole, in quanto non immediatamente lesive, devono essere impugnate insieme con l’atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva (Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5282) e postulano la preventiva partecipazione alla gara”*.

Le cause (o motivi) di esclusione

L'art. 80 del Codice è rubricato «*Motivi di esclusione*» e questo differenzia la locuzione utilizzata dal legislatore del 2016 rispetto al Codice del 2006 che discorreva di «requisiti di partecipazione». Questo lascia intendere che il legislatore ha voluto sottolineare il carattere provvedimento della fase di ammissioni ed esclusioni piuttosto che enfatizzare il possesso in rerum naturam dei requisiti.

Le cause di esclusione

Le svariate ipotesi di esclusione contemplate dalla norma possono essere ricomprese in tre gruppi:

- 1) Gruppo di ipotesi tipizzate attraverso la previsione di distinte fattispecie criminosi, oggetto di sentenza di condanna passata in giudicato;

Trattasi di delitti consumati o tentati ed il legislatore, al comma 3, si preoccupa di individuare i soggetti dell'impresa ai quali detti reati possono riferirsi. Questa disposizione ha innescato diverse problematiche applicative ove si discorre di «di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo» utilizzando espressioni che non trovano corrispondenza nelle formule utilizzate in sede civile.

Le cause di esclusione

La norma prevede inoltre che *«l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata»*. Il problema è che la norma non fornisce precise coordinate al fine di stabilire quando tale dissociazione si sia consolidata; al riguardo la giurisprudenza ritiene che la norma richieda una dissociazione effettiva dimostrabile attraverso un'azione di responsabilità non bastando il semplice allontanamento.

Le cause di esclusione

La norma altresì prevede che *«l'esclusione non va disposta e il divieto non si applica quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima»*

Le cause di esclusione

Alle ipotesi riprese dalla vecchia formulazione del codice, il D. lgs. 50/2016, aggiunge ulteriori motivi di esclusione, in particolare con riguardo alla sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto.

Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia.

Le cause di esclusione

È di tutta evidenza la profonda modifica apportata al procedimento per l'affidamento della gara rispetto a quanto previsto dalla disposizione di cui **all'art. 38, comma 1, lettera c) del d.lgs. n. 163/2006, che non elencava un'apposita lista di reati rilevanti ai fini dell'esclusione dalle gare, ma faceva riferimento all'ampia previsione dell'esistenza di "reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale"**: tale locuzione, non delimitata dal legislatore da specifici parametri oggettivi, poneva in capo alle singole stazioni appaltanti l'onere di valutare l'incidenza delle condanne rispetto all'appalto da affidare, con esiti spesso radicalmente divergenti a seconda della diversa valutazione, compiuta da parte di amministrazioni diverse, in ordine alla medesima condanna penale.

Le cause di esclusione

Tra le cause di esclusione dell'operatore economico, il 5° comma della disposizione in esame, inserisce una serie di ulteriori ipotesi, che risultano di nuova formulazione, ed in particolare alla lett. c), a norma della quale l'esclusione è prevista ove la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di *gravi illeciti professionali*, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni. Il nuovo codice non richiama più i "reati gravi che incidono sulla moralità professionale", di guisa che possono assumere rilievo anche fatti privi di rilevanza penale.

Linee guida Anac

Ruolo basilare è svolto dall'Anac che con linee guida, può precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c). **L'ANAC ha pubblicato la determinazione n. 1008 dell'11 ottobre 2017 relativa all'aggiornamento delle linee guida n. 6 recanti "Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice".**

Conflitto d'interesse

A norma della lett d), ulteriore ipotesi di esclusione si determina ove la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile. Ai casi suddetti deve inoltre aggiungersi l'effettiva distorsione della concorrenza sancita dalla lett. e).

Conflitto di interessi

Dell'art. 42 conviene riportare l'esatta formulazione: *«Si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, 62»*

Conflitto di interessi: adempimenti

Il personale che versa nelle ipotesi di cui al comma 2 è tenuto a darne comunicazione alla stazione appaltante, ad astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni. Fatte salve le ipotesi di responsabilità amministrativa e penale, la mancata astensione nei casi di cui al primo periodo costituisce comunque fonte di responsabilità disciplinare a carico del dipendente pubblico.

Le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 valgono anche per la fase di esecuzione dei contratti pubblici.

La stazione appaltante vigila affinché gli adempimenti di cui ai commi 3 e 4 siano rispettati.

Mezzi di prova: il certificato del casellario

Il codice del 2016 non prevede specifiche prescrizioni relativamente alla tipologia del certificato del casellario che dovrà essere acquisito: a differenza di quanto previsto al comma 3 dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, infatti, il nuovo testo non riproduce l'obbligo per le stazioni appaltanti, in sede di verifica delle dichiarazioni, di richiedere al competente ufficio giudiziario:

- i certificati del casellario giudiziale di cui all'art. 21 del D.P.R. n. 313/2002, ovvero sia certificati analoghi a quelli che possono essere acquisiti dall'autorità giudiziaria;
- le visure di cui all'art. 33, comma 1, del medesimo D.P.R. n. 313/2002, ovvero sia le visure delle iscrizioni che possono essere richieste da parte della persona interessata, con indicazione anche delle condanne che beneficiano della "non menzione". Deve però ritenersi che il mezzo documentale di prova continua ad essere il certificato del casellario giudiziale.

Il beneficio della non menzione

La mancata rilevanza (o, per converso, la rilevanza) delle condanne che beneficino della “non menzione” non è stata contemplata dal codice del 2016, con la conseguenza che non risulta chiaro, allo stato attuale:

- se le stazioni appaltanti non debbano mai considerare rilevanti le sentenze che beneficino di tale indicazione;
- se, per converso, le stazioni appaltanti dovranno considerare rilevanti anche le sentenze che beneficino di tale indicazione, purché si tratti di condanne relative ai reati indicati al comma 1 dell’art. 80

Falsa dichiarazione

L'ipotesi della presentazione di falsa dichiarazione è disciplinata al comma 12 del citato art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale la stazione appaltante ne dà un'apposita segnalazione all'Autorità la quale - se ritiene che le dichiarazioni siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione - dispone l'iscrizione dell'operatore economico nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto

Self cleaning

Disposizione certamente tra le più innovative del codice del 2016 è quella di cui al comma 7, che permette al concorrente e al subappaltatore che versa in una delle situazioni escludenti di provare di aver risarcito i danni causati (o di averci provato) e di aver adottato tutti i provvedimenti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti

Altro gruppo di cause di esclusione

Un altro gruppo di cause di esclusione riguarda la condotta dell'impresa che ha commesso violazioni gravi definitivamente accertate (cioè contenute in sentenze o atti amministrativi non più impugnabili) agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse per importo superiore a 10.000 euro o agli obblighi contributivi tali da non consentire il rilascio di regolare Durc – (documento unico sulla regolarità contributiva)

Pianificazione, programmazione e progettazione

Tali tematiche sono affrontate nel Titolo III : artt.
21 – 27

Dell'art. 21 (rubricato «*Programma degli acquisti
e programmazione dei lavori pubblici*») abbiamo
già discusso, a proposito dei principi generali del
Codice.

Progettazione

L'art. 23 è rubricato «*Livelli della progettazione per gli appalti, per le concessioni di lavori nonché per i servizi*»

L'art. 24 è invece rubricato «*Progettazione interna e esterna alle amministrazioni aggiudicatrici in materia di lavori pubblici*»

L'art. 27 è a sua volta rubricato «*Procedure di approvazione dei progetti relativi ai lavori*»

La progettazione

Negli anni si è assistito ad una revisione delle norme sulla progettazione (che partono dalle norme del 1895) per ridurre la discrezionalità in sede di esecuzione e per vincolare, quindi, maggiormente la stazione appaltante e l'esecutore al progetto posto a base di gara. In favore del maggior approfondimento tecnico hanno inciso fondamentalmente due fattori: il primo è l'incidenza sempre più ampia che ha assunto la parte impiantistica rispetto a quella più direttamente architettonica e/o ingegneristica in quanto le esigenze sempre più pressanti e i progressi scientifici e tecnici hanno richiesto e consentito uno sviluppo tecnologico che ormai tende a prendere il sopravvento sugli aspetti estetico-formali;

Differenza tra progettazione e progetto

La progettazione è «*l'attività tecnica di ideazione dell'opera, nonché di predisposizione della documentazione grafica e descrittiva delle caratteristiche dell'opera stessa e del territorio in cui si inserisce, sulla base delle indagini preventive, dei calcoli e delle elaborazioni necessarie*». Con il termine progetto deve intendersi, invece, il risultato conclusivo del procedimento di progettazione, rappresentato dal provvedimento con il quale l'organo competente dell'amministrazione approva gli elaborati predisposti dai tecnici.

Invero, la scelta di una soluzione tecnica invece che di un'altra è il frutto di una comparazione degli interessi coinvolti, individuati nella fase istruttoria

L'importanza di affidare la scelta all'Amministrazione

Allorquando, soprattutto anteriormente alla legge Merloni, il progetto, per così dire esecutivo, predisposto dall'amministrazione era poco più di una "traccia", in concreto erano i tecnici dell'impresa aggiudicataria a decidere come fare, se non addirittura cosa esattamente fare, sicché la scelta addirittura era esterna all'amministrazione

Si è detto che la progettazione in materia di lavori pubblici, in base all'art. 23, si sviluppa secondo livelli di successivi approfondimenti tecnici, in progetto di fattibilità tecnica ed economica, progetto definitivo e progetto esecutivo..

Gli obiettivi della progettazione

Rispetto all'art. 93, l'articolo in commento individua nuovi e diversi obiettivi della progettazione ed in particolare al «*soddisfacimento dei fabbisogni della collettività*». Tale bisogno-obiettivo è particolarmente significativo ai fini di quanto innanzi riferito circa l'allocazione presso l'amministrazione della scelta. Con un'aggiunta, che è data ricavare anche dal precedente art. 22, e cioè che la scelta deve essere frutto anche della consultazione o partecipazione popolare, quantomeno per le opere di maggiore rilevanza sociale aventi particolare impatto sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio.

Ciò significa escludere che la scelta sia compiuta dal progettista.

La progettazione dei servizi

La riferita trilogia dei livelli di progettazione è però tale solo con riguardo alla materia dei lavori pubblici, diversa essendo quella relativa ai servizi e alle forniture.

Il 14° comma dell'articolo in commento prevede, infatti, che la progettazione di servizi e forniture si articoli, di regola, in un unico livello e che, sempre di regola, esso sia predisposto da dipendenti in servizio presso l'amministrazione appaltante.

Il progetto definitivo

Pressoché identica a quella individuata dall'art. 93 citato è la disciplina recata dal 7° comma dell'art. 23 in commento con riferimento al progetto definitivo, la cui disciplina non è stata incisa dal correttivo di cui al d.lgs. 56/2017.

Questo deve individuare compiutamente i lavori da realizzare, *«nel rispetto delle esigenze, dei criteri, dei vincoli, degli indirizzi e delle indicazioni stabiliti dalla stazione appaltante e, ove presente, dal progetto di fattibilità»*.

Inoltre il progetto definitivo deve riportare negli elaborati di cui si compone la quantificazione definitiva dell'importo massimo occorrente per l'esecuzione dell'opera, quantificazione determinata tenendo conto dei prezzi valevoli nell'ambito territoriale ove dovrà essere realizzato l'intervento, il relativo cronoprogramma e tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle autorizzazioni ed approvazioni richieste.

Il progetto esecutivo

Risulta l'8° comma dell'art. 23 in tutto simile al 5° co. del precedente art. 93, a sua volta pressoché identico al 5° co. dell'art. 16 della l. n. 109/1994.

Anche tale norma non è stata incisa dal correttivo di cui al d.lgs. 56/2017.

Il progetto esecutivo costituisce la ingegnerizzazione di tutte le lavorazioni e definisce compiutamente ed in ogni particolare architettonico, strutturale ed impiantistico l'intervento da realizzare.

Esso deve innanzitutto essere redatto in conformità al progetto definitivo e deve determinare *«in ogni dettaglio i lavori da realizzare, il relativo costo previsto, il cronoprogramma coerente con quello del progetto definitivo, e deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale che ogni elemento sia identificato in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo»*, dovendo, poi, essere anche *«corredato da apposito piano di manutenzione dell'opera e delle sue parti in relazione **al ciclo di vita**»*.

L'identità del progettista nei vari livelli

Onde evitare il discarico di responsabilità sul precedente progettista, è stato espressamente stabilito che ove si verifichi affidamento disgiunto «il nuovo progettista deve accettare l'attività progettuale svolta in precedenza», accettazione la cui verifica farà sempre capo al responsabile unico del procedimento.

Il responsabile unico del procedimento deve individuare le modalità affinché vi sia la verifica della coerenza dei vari livelli di approfondimento della progettazione dell'opera.

Modalità di affidamento: i principi comuni

Tali tematiche sono affrontate dal legislatore al Titolo IV: artt. 28 – 34

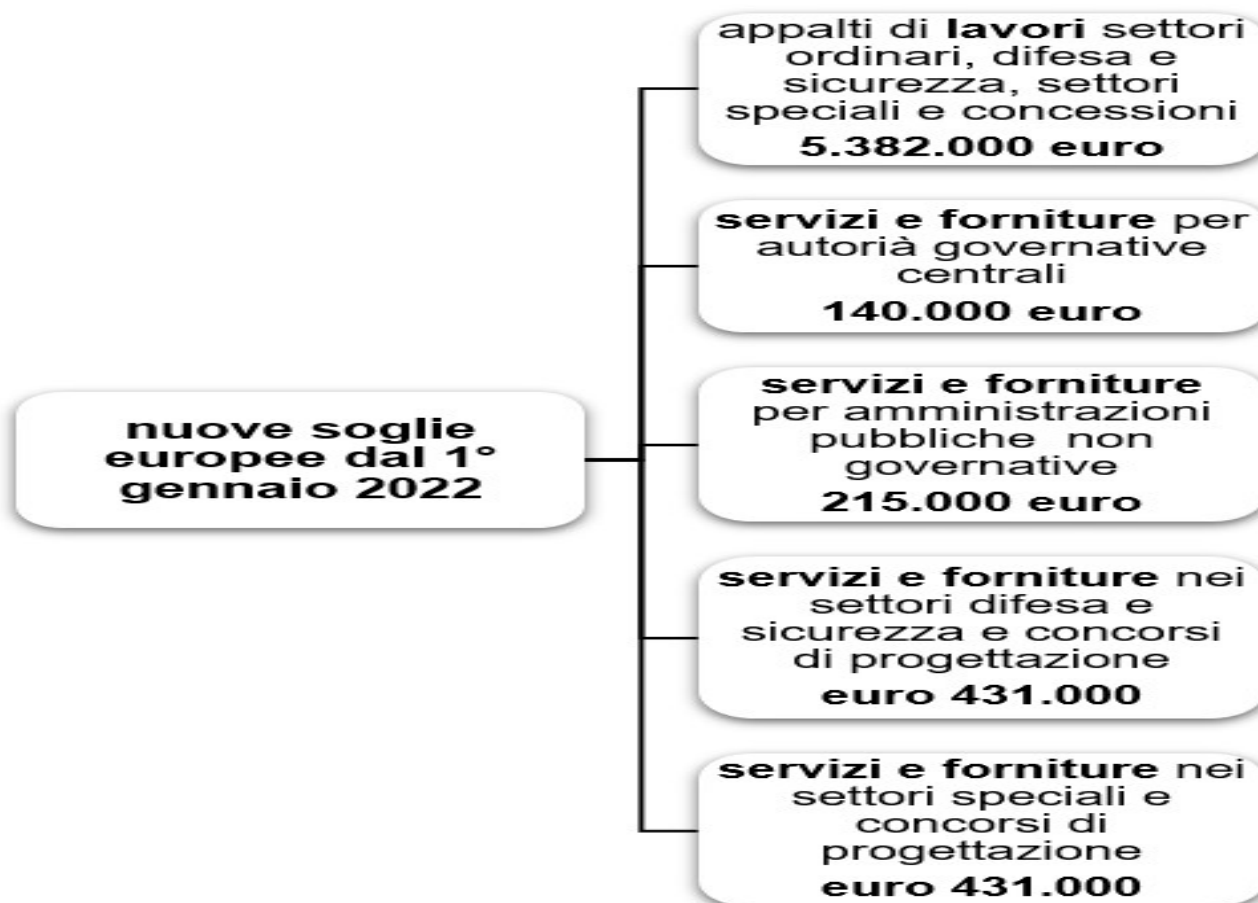
Viene in evidenza soprattutto l'art. 30 riferendosi sia all'aggiudicazione che all'esecuzione.

Di particolare evidenza è la constatazione della duplice valenza del principio di economicità, al quale di solito si attribuisce il significato, più immediatamente percepibile, di esito della comparazione fra risorse (sempre limitate) a disposizione e loro impiego, quindi di **compatibilità di una soluzione con le risorse a disposizione e in definitiva di prevalenza di un interesse pubblico su un altro nella priorità nella loro assegnazione**; in mancanza di risorse sufficienti a soddisfare entrambe, l'esigenza di riparazione dei danni causati da un evento meteorologico o sismico prevale su altre che in precedenza erano state ritenute prioritarie

Le soglie comunitarie

- euro 5.382.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni;
- euro 140.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali;
- euro 215.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali;
- euro 750.000 per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato IX.

Ancora sulle nuove soglie comunitarie in vigore dal 1 gennaio 2022



L'affidamento diretto

- Il Codice dei Contratti Pubblici ha riformulato i procedimenti contrattuali sottosoglia con l'introduzione di un sistema di procedure negoziate "semplificate" tra cui proprio l'affidamento diretto, che trova applicazione comunemente negli affidamenti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore a 40.000 euro ed è caratterizzato dall'assenza di fasi procedurali predeterminati.
- È una tipologia di acquisizione di servizi e forniture in economia utilizzata dalle Stazioni Appaltanti caratterizzata dall'aggiudicazione finale ad un singolo offerente, pertanto priva di svolgimento di una fase competitiva. Un'interpretazione molto chiara viene fornita dalla recente sentenza n. 326/2020 Tar Puglia, dalla quale si evince che l'affidamento diretto nell'ambito dell'importo sopra citato costituisce uno strumento ordinario a disposizione del RUP al fine di procedere alle assegnazioni di micro importi che non esigono una motivazione specifica né rivestono un carattere di particolare urgenza.
- **Da ultimo, il D.L. n. 76/2020, convertito in L. n. 120/2020, così come modificato dal D.L. n. 77/2021, a sua volta confermato dalla L. n. 108/2021, ha previsto un incremento notevole delle soglie entro cui è consentito l'affidamento diretto: per i lavori la soglia è di 150.000 euro, per servizi e forniture la soglia è di 139.000 euro.**

L'affidamento Diretto

- AFFIDAMENTO DIRETTO AI SENSI DEL DECRETO SEMPLIFICAZIONI – NON PRESUPPONE GARA INFORMALE, INDAGINI DI MERCATO O CONSULTAZIONI DI OPERATORI ECONOMICI – MOTIVAZIONE SCELTA DELL' AFFIDATARIO – VA INDICATA NELLA DETERMINA A CONTRARRE SEMPLIFICATA
- Consiglio di Stato, sez. V, 15.02.2022 n. 1108
- Deve anzitutto evidenziarsi che il ricordato Decreto legge n. 76 del 2020, in forza delle cui disposizioni è avvenuto l'affidamento contestato, ha introdotto una disciplina emergenziale, temporanea (in quanto applicabile agli affidamenti la cui determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento siano adottati entro il 31 luglio 2021, termine da ultimo poi prolungato fino al 30 giugno 2023, in forza dell'art. 51 del D.L. 31 maggio 2021, n. 77) e derogatoria del Codice dei Contratti pubblici

Le fasi della procedura di gara

Al tema è affidato l'art. 32 del Codice che si caratterizza per avere espunto dall'ordinamento il provvedimento di aggiudicazione provvisoria, essendo questo sostituito dalla «*proposta di aggiudicazione*», atto espressamente non impugnabile.

La differenza rispetto al passato è che la vecchia aggiudicazione provvisoria era ritenuta sottoposta a «facoltà di impugnativa» con l'onere di impugnare la susseguente aggiudicazione definitiva.

Contratti di appalto per lavori, servizi e forniture

Con tale denominazione si fa riferimento alla Parte II del codice che comprende gli artt. 35 – 163. La Parte III del codice è infatti dedicata alle concessioni.

Tra gli argomenti più significativi oggetto delle norme, così numerose presenti in tale Parte del codice, vanno segnalati: Qualificazione delle stazioni appaltanti, le centrali di committenza, gli operatori economici, le tipologie di procedure (aperte, ristrette, ecc.), gli appalti elettronici e aggregati (accordi quadro, sistemi dinamici di acquisizione, aste elettroniche, ecc.) avvalimento, i criteri selettivi, il soccorso istruttorio.

Rilevanza comunitaria

Viene in evidenza l'art. 35 Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti, **il cui contenuto è aggiornato continuamente**.

Ai fini dell'applicazione del presente codice, le soglie di rilevanza comunitaria sono:

- a) euro 5.548.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni;
- b) euro 144.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali indicate nell'allegato III; se gli appalti pubblici di forniture sono aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici operanti nel settore della difesa, questa soglia si applica solo agli appalti concernenti i prodotti menzionati nell'allegato VIII;
- c) euro 221.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali; tale soglia si applica anche agli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle autorità governative centrali che operano nel settore della difesa, allorché tali appalti concernono prodotti non menzionati nell'allegato VIII;
- d) euro 750.000 per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato IX.

Contratti sotto soglia (art. 36)

Si noti che il già visto primo comma dell'art. 36, nel disciplinare i contratti sotto soglia richiama gli artt. 30 (Principi per l'aggiudicazione ed esecuzione dei contratti), 34 (Criteri di sostenibilità energetica ed ambientale) e 42 (Conflitto d'interesse)

Oltre agli affidamenti diretti.....
Procedura negoziata previa consultazione di
almeno 10 (o 5) operatori

b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 (€ 209.000 per le amministrazioni sub centrali) per le forniture e i servizi, mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno **dieci** operatori economici per i lavori, e, per i servizi e le forniture di almeno **cinque** operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in **amministrazione diretta**, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura negoziata previa consultazione di cui al periodo precedente. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;

Procedura negoziata con consultazione di almeno 15 operatori

c) per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante procedura negoziata con consultazione di almeno quindici operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;

Procedure ordinarie Consip

d) per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro mediante ricorso alle procedure ordinarie fermo restando quanto previsto dall'articolo 95, comma 4, lettera a)

Per lo svolgimento delle procedure di cui al presente articolo le stazioni appaltanti possono procedere attraverso un mercato elettronico che consenta acquisti telematici basati su un sistema che attua procedure di scelta del contraente interamente gestite per via elettronica. Il Ministero dell'economia e delle finanze, avvalendosi di CONSIP S.p.A., mette a disposizione delle stazioni appaltanti il mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni

Segue (il criterio del prezzo più basso)

La novità più rilevante, introdotta nell'ambito degli affidamenti sotto soglia, riguarda, però, l'ordine di applicazione dei criteri di aggiudicazione. Attraverso l'inserimento di un nuovo comma 9 bis, si stabilisce che il meccanismo principale di selezione delle offerte per i contratti di cui all'art. 36 è quello del minor prezzo e che una diversa scelta della stazione appaltante è ammessa solo se adeguatamente motivata. Rimangono fuori da tale previsione i servizi sociali e di ristorazione, quelli ad alta intensità di manodopera e i contratti relativi ai servizi di architettura e ingegneria previsti dall'art. 95 comma 3. Si registra, quindi, una chiara inversione di marcia rispetto al quadro normativo previgente che, superando il principio di equivalenza fra i criteri di aggiudicazione, attuato prima del d.lgs. 50 del 2016, aveva accordato prevalenza alla regola dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relegando quello del minor prezzo a ipotesi residuali, tassativamente individuate dalla legge.

Gli obblighi di comunicazione e trasparenza

Vengono in evidenza gli artt. 22, 29, 40 e 53

L'art. 22 è rubricato «*Trasparenza nella partecipazione di portatori di interessi e dibattito pubblico*» Interessante è il primo comma, secondo cui «*1. Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori pubblicano, nel proprio profilo del committente, i progetti di fattibilità relativi alle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulla città o sull'assetto del territorio, nonché gli esiti della consultazione pubblica, comprensivi dei resoconti degli incontri e dei dibattiti con i portatori di interesse. I contributi e i resoconti sono pubblicati, con pari evidenza, unitamente ai documenti predisposti dall'amministrazione e relativi agli stessi lavori*».

Principi in materia di trasparenza

Il primo comma dell'art. 29 prevede che «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 di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5, alla composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti, ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 53 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 162, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33».

PER IL MINISTERO DELLA Giustizia, come detto, l'obbligo è assolto attraverso la pubblicazione sul SIGEG.

Obblighi di comunicazione elettronica

L'art. 40 prevede: «1. Le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell'ambito delle procedure di cui al presente codice svolte da centrali di committenza sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici ai sensi dell'articolo 5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, Codice dell'amministrazione digitale».

«2. A decorrere dal 18 ottobre 2018, le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell'ambito delle procedure di cui al presente codice svolte dalle stazioni appaltanti sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici».

Appalti sotto i 5000 euro

Tuttavia, per quanto riguarda le procedure sotto-soglia e in particolare le procedure per gli acquisti inferiori ai 5000 euro, nessun obbligo di procedura elettronica.

L'ANAC, con apposita comunicazione, ritiene che, per gli acquisti infra 5.000 euro, permanga la possibilità di procedere senza l'acquisizione di comunicazioni telematiche, in forza della disposizione normativa di cui all'art. 1, co. 450 della legge 27 dicembre 2006, n. 296, non abrogata a seguito dell'emanazione del Codice dei contratti pubblici.

Il procedimento che riguardi commesse sotto detta soglia consente la semplificazione della verifica dei requisiti soggettivi del potenziale affidatario, che potrà essere attuata secondo quanto prescritto al punto 4.2.2 delle Linee Guida ANAC n. 4 aggiornate con delibera del Consiglio n. 206 del 1/3/2018

Accesso (differito) agli atti di gara

In base all'art. 53 il diritto di accesso è differito: a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime; b) nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare; c) in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione; d) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione.