

6 luglio 2023

15.00/16.00

Dec e incentivi

**NUOVO CODICE E PNRR/PNC –
AFFIDAMENTO E AGGIUDICAZIONE –
ILLECITI PROFESSIONALI**

RELATORE: DR. STEFANO USAI

**ASMEL Associazione per la
Sussidiarietà e la
Modernizzazione degli Enti
Locali**

www.asmel.eu

800165654

webinar@asmel.eu



Quesiti

- ABBIAMO BANDITO UNA PROCEDURA APERTA DI UN SERVIZIO IN DATA 30/06/2023 E SI CHIEDE IN MERITO ALLA LIQUIDAZIONE DEGLI INCENTIVI TECNICI SE TROVA APPLICAZIONE L'ART. 113 D.LGS. 50/2016 O L'ART. 45 DEL D.LGS. 36/2023.

- ALLEGATO II.14 - *Direzione dei lavori e direzione dell'esecuzione dei contratti. Modalità di svolgimento delle attività della fase esecutiva. Collaudo e verifica di conformità (ARTICOLO 114, COMMA 5)*

– l'allegato sostituisce disposizioni correlate in tema di esecuzione del DPR 207/2010 e il DM 49/2018 contenente le «linee guida sulle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione»

CAPO II (ALLEGATO II.14) - DELL'ESECUZIONE DEI CONTRATTI DI SERVIZI E FORNITURE

Articolo 31. Attività e compiti del direttore dell'esecuzione.

Art. 31 dell'allegato II.14

1. L'incarico di direttore dell'esecuzione del contratto **è ricoperto dal RUP a eccezione dei contratti aventi a oggetto servizi e forniture di particolare importanza, come disciplinati dall'articolo 32.**

Fermo restando il rispetto delle disposizioni di servizio eventualmente impartite dal RUP, il direttore dell'esecuzione **opera in autonomia** in ordine al coordinamento, alla direzione e al controllo tecnico-contabile nell'esclusivo interesse all'efficiente e sollecita esecuzione del contratto.

2. Sono attribuiti al ~~direttore dei lavori~~ (direttore dell'esecuzione) i seguenti compiti:

a) esercitare il coordinamento, la direzione e il controllo tecnico-contabile dell'esecuzione del contratto stipulato dalla stazione appaltante, in modo da assicurarne la regolare esecuzione nei tempi stabiliti e in conformità alle prescrizioni contenute nei documenti contrattuali e nelle condizioni offerte in sede di aggiudicazione o affidamento. Tali attività devono essere esercitate mediante l'utilizzo di criteri di misurabilità della qualità e devono risultare da apposito processo verbale;

b) coadiuvare le attività delle centrali di committenza nella realizzazione e messa a disposizione degli strumenti di acquisto e di negoziazione per le stazioni appaltanti;

c) dare avvio all'esecuzione delle prestazioni, **dopo che il contratto è divenuto efficace**, sulla base delle disposizioni del RUP e fornendo all'esecutore tutte le istruzioni e le direttive necessarie. Laddove sia indispensabile in relazione alla natura e al luogo di esecuzione delle prestazioni, il direttore dell'esecuzione redige apposito verbale, firmato anche dall'esecutore, nel quale sono contenute le indicazioni sugli ambienti ove si svolgono le prestazioni e la descrizione dei mezzi e degli strumenti eventualmente messi a disposizione dalla stazione appaltante, compresa la dichiarazione attestante che lo stato attuale degli ambienti è tale da non impedire l'avvio o la prosecuzione dell'attività. Nel verbale di avvio dell'esecuzione sono raccolte le contestazioni dell'esecutore finalizzate a far valere pretese derivanti dalla riscontrata difformità dello stato dei luoghi o dei mezzi o degli strumenti rispetto a quanto previsto dai documenti contrattuali. Nei casi consentiti dal codice il direttore dell'esecuzione ordina l'avvio dell'esecuzione anticipata o in via d'urgenza e, in tale secondo caso, indica nel verbale di avvio le prestazioni che l'esecutore deve immediatamente eseguire;

d) verificare la presenza negli ambienti di intervento delle imprese subappaltatrici autorizzate, nonché dei subcontraenti, accertando l'effettivo svolgimento della parte di prestazioni a essi affidata nel rispetto della normativa vigente e del contratto stipulato, registrando le relative ed eventuali contestazioni dell'esecutore sulla regolarità delle prestazioni eseguite in subappalto e rilevando l'eventuale inosservanza da parte di quest'ultimo delle relative disposizioni, provvedendo, in tal caso, a darne segnalazione al RUP;

e) valutare la qualità e l'adeguatezza della fornitura o del servizio sulla base degli standard qualitativi, con particolare riferimento a quelli in materia ambientale, previsti dal contratto o dal capitolato e soggetti alle eventuali migliorie autorizzate dalla stazione appaltante;

f) redigere **periodiche e sistematiche relazioni** sull'andamento delle principali attività di esecuzione del contratto;

g) **garantire il rispetto dei tempi e delle modalità di consegna;**

h) curare la disponibilità della reportistica sulle prestazioni e le attività svolte dall'esecutore;

i) segnalare tempestivamente al RUP eventuali ritardi, disfunzioni o inadempimenti rispetto alle prescrizioni contrattuali;

l) attestare lo svolgimento proficuo delle prestazioni in rapporto ai positivi risultati della gestione;

m) provvedere al **controllo della spesa** attraverso la tenuta della contabilità del contratto, compilando con precisione e tempestività i documenti contabili, con i quali si realizza l'accertamento e la registrazione dei fatti producenti spesa. Al fine di procedere con i pagamenti all'esecutore, il direttore dell'esecuzione accerta la prestazione effettuata e comunica l'accertamento al RUP, ferma restando la facoltà dell'esecutore di presentare contestazioni scritte in occasione dei pagamenti;

n) dopo la comunicazione dell'esecutore di intervenuta ultimazione delle prestazioni, effettuare entro cinque giorni i necessari accertamenti in contraddittorio e nei successivi cinque giorni elaborare il certificato di ultimazione delle prestazioni, da inviare al RUP, che ne rilascia copia conforme all'esecutore.

**I servizi di particolare importanza
(importante il collegamento con gli incentivi)**

1. Ai fini dell'individuazione dei contratti di servizi e forniture di particolare importanza, per qualità o importo delle prestazioni, nei quali è previsto, ai sensi dell'articolo 114, comma 8, del codice (*8. L'[allegato II.14](#) individua i contratti di servizi e forniture di particolare importanza, per qualità o importo delle prestazioni, per cui il direttore dell'esecuzione deve essere diverso dal RUP), **che il direttore dell'esecuzione deve essere diverso dal RUP, si applica il vocabolario comune per gli appalti pubblici (CPV), adottato con regolamento (CE) n. 213/2008 della Commissione europea, del 28 novembre 2007.**

(NB art. 45 comma 2 secondo periodo: Il presente comma (nda gli incentivi) si applica anche agli appalti relativi a servizi o forniture nel caso in cui è nominato il direttore dell'esecuzione.)

2. Sono considerati servizi di particolare importanza, **indipendentemente dall'importo,**

- **gli interventi particolarmente complessi sotto il profilo tecnologico,**

- **le prestazioni che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze,**

- **gli interventi caratterizzati dall'utilizzo di componenti o di processi produttivi innovativi o dalla necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità**

- **e i servizi che, per ragioni concernente l'organizzazione interna alla stazione appaltante, impongano il coinvolgimento di unità organizzativa diversa da quella cui afferiscono i soggetti che hanno curato l'affidamento.**

In via di prima applicazione sono individuati i seguenti servizi:

a) *servizi di telecomunicazione;*

b) *servizi finanziari, distinti in servizi assicurativi e servizi bancari e finanziari;*

c) *servizi informatici e affini;*

d) *servizi di contabilità, revisione dei conti e tenuta dei libri contabili;*

e) *servizi di consulenza gestionale e affini;*

f) servizi di pulizia degli edifici e di gestione delle proprietà immobiliari;

g) *eliminazione di scarichi di fogna e di rifiuti; disinfestazione e servizi analoghi;*

h) *servizi alberghieri e di ristorazione;*

i) servizi legali;

) *servizi di collocamento e reperimento di personale;*

m) *servizi sanitari e sociali;*

n) *servizi ricreativi, culturali e sportivi.*

3. *Ferma restando l'individuazione di cui al comma 2, sono considerate forniture di particolare importanza le prestazioni di importo superiore a 500.000 euro.*

4. *Per l'esecuzione dei contratti previsti dal presente articolo la stazione appaltante può nominare, su indicazione del direttore dell'esecuzione e sentito il RUP, uno o più assistenti con funzioni di direttore operativo per svolgere, su espressa disposizione del direttore dell'esecuzione, ogni utile e complementare compito rientrante nel novero delle funzioni attribuite a quest'ultimo.*

Quesiti

- PER LE OPERE FINANZIATE CON FONDI PNRR, SI ATTUA L'ART. 225 COMMA 8 DEL D.LGS. 36/2023 ED IN PARTICOLAR MODO QUALI PROCEDURE SONO DEROGATE DAL 1 LUGLIO 2023?

- CHI HA INDETTO GARA CON D.LGS 50/2016 ENTRO IL 30.6 SIA PER SERVIZI DI PROGETTAZIONE SIA PER LAVORI, NEL MOMENTO DI UN EVENTUALE SOCCORSO ISTRUTTORIO VALE LA PRECEDENTE NORMA O BISOGNA OSSERVARE L'ART. 101 DEL 36/2023
- LETTERA COMMERCIALE O CONTRATTO DI APPALTO PER AFFIDAMENTI DIRETTI RICOMPRESI NELLE FASCIA € 40.000 - € 150.000 PER LAVORI E € 40.000,00 - € 140.000 PER SERVIZI E FORNITURE?

*18/1. Il contratto è stipulato, a pena di nullità, in forma scritta ai sensi dell'allegato I.1, articolo 3, comma 1, lettera b), in modalità elettronica nel rispetto delle pertinenti disposizioni del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, in forma pubblica amministrativa a cura dell'ufficiale rogante della stazione appaltante, con atto pubblico notarile informatico oppure mediante scrittura privata. In caso **di procedura negoziata** oppure per gli affidamenti diretti, mediante corrispondenza secondo l'uso commerciale, consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o sistemi elettronici di recapito certificato qualificato ai sensi del regolamento UE n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014. I capitolati e il computo metrico estimativo, richiamati nel bando o nell'invito, fanno parte integrante del contratto.*

Vigore ed efficacia del nuovo codice

L'efficacia del nuovo Codice,

entrato in vigore il 1° aprile 2023,

contiene fondamentali norme transitorie che guidano l'azione amministrativa/istruttoria del responsabile unico del progetto (secondo la nuova configurazione voluta dagli estensori del testo). Ed è proprio la disposizione in parola che contiene importanti indicazioni non solo per gli appalti "ordinari" (in modo tenerli distinti dagli appalti finanziati anche solo in parte dal PNRR/PNC) ma, e soprattutto, in relazione agli interventi, appunto, finanziati anche parzialmente dal piano di resilienza.

una delle norme transitorie che incidono sulla complessiva disciplina delle procedure di affidamento/aggiudicazione degli interventi finanziati anche solo in parte dal PNRR/PNC si rinvia nel comma 8 dell'articolo 225 del nuovo Codice – disposizione innestata nel nuovo impianto normativo in fase di approvazione definitiva avvenuta il 28 marzo 2023 in Consiglio dei Ministri -, in cui si forniscono al RUP gli elementi minimi che caratterizzeranno la fase istruttoria contrattuale per questi specifici appalti.

Ai sensi del comma 8 appena richiamato "In relazione alle procedure di affidamento e ai contratti riguardanti investimenti pubblici, anche suddivisi in lotti, finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR e dal PNC, nonché dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea, ivi comprese le infrastrutture di supporto ad essi connesse, anche se non finanziate con dette risorse, si applicano, anche dopo il 1° luglio 2023":

1. le disposizioni di cui al decreto-legge n. 77 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021;
2. il decreto-legge 24 febbraio 2023, n. 13;
3. le specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal PNRR, dal PNC;
4. le norme del Piano nazionale integrato per l'energia e il clima 2030 di cui al regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018.

La disposizione, quindi, impone al RUP – in relazione a queste tipologie di intervento -, un intenso impegno istruttorio visto che oltre ai richiami espliciti (di cui si dirà più avanti), la previsione contiene una sorta di precisazione di chiusura alle “specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal PNRR, dal PNC”.

Sotto il profilo istruttorio occorre capire (compito del RUP) se il riferimento sopra riportato costringe il responsabile unico a ricercare, ad esempio, tra i diversi testi normativi (e quindi non solo tra Codice del 2016 e nuovo Codice) la norma che maggiormente semplifica la fase dell'affidamento (visto che su questa, chirurgicamente, il legislatore detta la disposizione transitoria) o se il responsabile unico abbia anche una certa autonomia/discrezionalità decidendo, ad esempio, di applicare direttamente ed integralmente il nuovo Codice (al netto, evidentemente, dell'applicazione di norme specifiche che riguardano il PNRR desumibili, ad esempio, dal DL 77/2021 e dai regolamenti attuativi) o, ancora, se i riferimenti normativi applicabili, in realtà, non siano comunque desumibili dal Codice 2016 (abrogato dal 1° luglio)

La prima questione, quindi, è quella di chiarire l'ambito che la disciplina transitoria vuole disciplinare.

L'oggetto è caratterizzato dalle procedure di affidamento (quindi i sistemi di affidamento/aggiudicazione) e dai "contratti" *"anche suddivisi in lotti, finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR e dal PNC, nonché dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea, ivi comprese le infrastrutture di supporto ad essi connesse, anche se non finanziate con dette risorse"*.

Il "doppio" riferimento all'affidamento ed ai contratti non sembra porre particolari dubbi nel senso che pare confermare l'intento del legislatore (e non degli estensori visto che questo comma 8 non era presente nello schema originario del nuovo Codice) di voler gestire la fase transitoria (il passaggio dal pregresso Codice del 2016 a quello nuovo) assicurando l'applicazione di disposizioni, ad esempio presenti nel DL 76/2020, maggiormente semplificate – in realtà solo in alcuni casi -, rispetto, non solo al pregresso Codice, ma anche a quello attuale (più avanti si farà qualche esempio).

Il comma 8, dell'articolo 225, in commento, come anticipato richiama uno dei provvedimenti recenti di maggior importanza anche per l'attività "contrattuale" del PNRR/PNC per il RUP ovvero il DL 13/2023 (convertito, con modifiche, con la legge 41/2023).

Nell'ambito di questo decreto, in relazione alle sole fasi di affidamento/aggiudicazione, per effetto del richiamo appena citato, la norma cardine è contenuta nell'articolo 14, comma 4 e (secondo una modifica apportata con la legge di conversione), il comma 4-bis che innesta un differimento di efficacia, fino al 31 dicembre 2026, in relazione ad alcuni commi dell'articolo 3 (precisamente per i commi dal primo al sesto).

La norma contiene, in specie, il rinvio chirurgico ad alcune previsioni del DL 76/2020 la cui efficacia sarebbe dovuta cessare al 30 giugno 2023.

Così non è per gli appalti del PNRR/PNC e gli altri interventi sopra citati visto che le disposizioni richiamate si applicheranno fino (almeno se non risulti previsto un termine più ampio) al 31 dicembre 2023.

- il comma 4 dell'articolo 14 del DL 13/2023 al fine di rendere e più celere la stipula e la successiva fase dell'esecuzione del contratto dispone che ***"limitatamente agli interventi finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal PNRR e dal PNC, si applicano – nda le disposizioni del DL 76/202 convertito con le 120/2020 -, fino al 31 dicembre 2023, salvo che sia previsto un termine più lungo"*** le disposizioni (di seguito si riportano i richiami chirurgicamente distinti in modo da agevolare la comprensione):

1. di cui all'articolo 1 "Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia";

2. di cui all'art. 2 "Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sopra soglia ad esclusione del comma 4 del DL 76/2020" ad eccezione del comma 4;

3. di cui all'art 5 "Sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica";

4. di cui all'art. 6 "Collegio consultivo tecnico";

5. di cui all'art. 8 "Altre disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici".

Il comma 4, art. 14 del DL 13/2023 differisce l'applicazione anche di altre norme in questo caso contenute nel DL 32/2019 (convertito con legge 55/2019, c.d. legge Sblocca Cantieri) ed in specie, risultano applicabili fino al 31 dicembre 2023 le disposizioni contenute nell'articolo 1 commi 1 e 3 del decreto ultimo citato ().

Il comma 4 bis del DL 13/2023, come detto innestato dalla legge di conversione conferma l'applicabilità, ma fino al 31 dicembre 2023, delle disposizioni "di semplificazione" contenute nell'articolo 3 del DL 76/2020 (come visto non espressamente richiamato dal comma 4 dell'articolo 14 citato) ().

Il nuovo comma, la prima parte, puntualizza che "Per le medesime finalità" acceleratorie, "le disposizioni di cui all'articolo 3, commi da 1 a 6, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, si applicano fino al 31 dicembre 2026".

Il comma in parola, rubricato "Verifiche antimafia e protocolli di legalità" generalizza la possibilità di utilizzare la c.d. "informativa liberatoria provvisoria" che consente l'immediata stipula del contratto sotto condizione risolutiva (fermo restando che, in ogni caso, le verifiche per il rilascio della documentazione antimafia deve essere completata entro i successivi 60 giorni).

Il richiamo normativo, sopra sinteticamente riportato (per le procedure di affidamento/aggiudicazione), pone alcuni problemi pratici ai RUP determinato, il primo, dalla questione propedeutica se il responsabile unico possa o meno scostarsi dalla indicazione del legislatore decidendo, ad esempio, di applicare un unico impianto normativo (con riferimento, evidentemente, alle procedure di affidamento/aggiudicazione),

ovvero, il solo nuovo Codice nell'intento di semplificare la propria attività istruttoria altrimenti caratterizzata dall'applicazione di norme abrogate (del Codice del 2016), dalle disposizioni del DL 76/2020 e, inevitabilmente dalle disposizioni del nuovo Codice (almeno laddove non insista uno specifico richiamo normativo).

Sul primo problema, ovvero se l'indicazione circa l'applicazione del DL 76/2020 (le norme espressamente richiamate) debba essere considerata come vincolata non consentendo al RUP nessun'altra decisione istruttoria, fornisce un primo elemento il fatto che il legislatore del nuovo Codice si esprime in modo perentorio precisando che le norme (del DL 76/2020) espressamente richiamate "si applicano".

Il legislatore, pertanto, non sembra aver dubbi sul fatto che, per scopi acceleratori, a questo tipo di appalti si applica (si deve applicare) un complesso di norme specifico da cui il RUP, al netto di un intervento ufficiale, non si può discostare.

Il perentorio riferimento utilizzato dal legislatore, però, si scontra con il fatto che il RUP viene chiamato anche (evidentemente) ad applicare, dal comma 8 dell'articolo 225 del nuovo Codice -, "le specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal PNRR, dal PNC".

Non v'è dubbio che alcune disposizioni del Codice del 2016 risultano di più complessa applicazione rispetto ad "omologhe" disposizioni del nuovo Codice.

E poi, come si è anticipato, la difficoltà maggiore è data dal fatto di dover applicare – richiamando norme del Codice del 2016 – disposizioni già abrogate e, inoltre, il problema ulteriore, è se oltre alle norme chirurgicamente richiamate si debbano o meno applicare disposizioni che riguardano comunque la procedura di affidamento.

Si pensi in particolare, alla diversa "disciplina" in tema di rotazione nel sottosoglia.

Proprio sulla questione della rotazione, l'articolo 1, comma 2, lett. b) del DL 76/2020 – in tema di procedure negoziate nel sottosoglia -, prevede che la fase propedeutica alla procedura di aggiudicazione deve avvenire nel rispetto “**di un criterio di rotazione degli inviti**”.

Sull'inciso in parola, un chiaro indirizzo giurisprudenziale – e prima ancora le linee guida ANAC n. 4 -, ribadiscono che la rotazione/alternanza si applica sia con riferimento al pregresso affidatario sia con riferimento, appunto, ai soggetti già invitati alla pregressa procedura per assegnare prestazioni riconducibili allo stesso settore merceologico, allo stesso settore per i servizi ed a lavori dello stesso tipo.

La disposizione del nuovo Codice, **art. 49, invece, limita l'applicazione della rotazione, con evidente ed ovvia semplificazione rispetto alla stessa norma del DL 76/2020, al solo pregresso affidatario non ponendo alcun limite all'invito del solo soggetto precedentemente coinvolto nella procedura ma non aggiudicatario.**

La semplificazione, inoltre, risulta anche di maggior intensità visto che, a differenza dell'oramai pregresso regime (caratterizzato, sul tema, soprattutto da riferimenti di prassi e dalla giurisprudenza), il nuovo Codice disciplina espressamente la rotazione (appunto con un micro sistema normativo specifico declinato nell'articolo 49) dando sicuro presidio allo stesso RUP.

Il ragionamento si potrebbe estendere a differenti disposizioni (si pensi ai richiami, contenuti anche nel DL 77/2021 alla procedura negoziata dell'articolo 63 del Codice del 2016 che, a differenza dell'omologo procedura disciplinata nell'articolo 76 del nuovo Codice, impone una consultazione di almeno 5 operatori invece di tre, come da nuova previsione).

Senza una posizione espressa ufficiale l'applicazione di pregressi riferimenti può determinare, ovviamente, numerosi contenziosi.

Si pensi al caso, ritornando sulla rotazione, che il RUP decida di non far partecipare alla competizione semplificata i soggetti solamente invitati (o si pensi anche al contrario, in applicazione della previsione di cui all'articolo 49).

Nel primo caso il contenzioso potrà essere proposto dal soggetto che si ritiene penalizzato da tale approccio, nel secondo caso saranno i diretti concorrenti a sindacare, ad esempio, l'invito del soggetto già partecipante alla pregressa procedura.

Altre considerazioni potrebbero farsi, ad esempio sulla definizione delle soglie di anomalia etc.

Art. 226/5 *Ogni richiamo in disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 del 2016, o al codice dei contratti pubblici vigente alla data di entrata in vigore del codice, si intende riferito alle corrispondenti disposizioni del codice o, in mancanza, ai principi desumibili dal codice stesso.*

Ciò induce a propendere per l'applicazione integrale del nuovo Codice (per quanto concerne le norme procedurali).

E' chiaro che una scelta di questo tipo, almeno in certi casi, comporterà un sacrificio su alcune semplificazioni - si pensi alla possibilità dell'esecuzione in via d'urgenza ante stipula del contratto che il DL 76/2020 (art. 8) generalizza e consente anche nelle more della verifica dei requisiti a differenza del nuovo Codice (art. 17) che impone, invece, la previa verifica positiva sui requisiti.

In pratica, se il RUP optasse per l'applicazione del solo nuovo impianto normativo (fermo restando l'applicazione obbligatoria di norme specifiche del PNRR/PNC, si pensi al DL 77/2021, a diverse disposizioni del DL 13/2023 e dei vari regolamenti correlati al recovery), per gli aspetti amministrativi delle procedure d'appalto dovrebbe operare solo con questo senza poter attingere da norme specifiche del DL 76/2020 o dello stesso Codice del 2016.

Procedure ordinarie nel sottosoglia

- Due casi espressamente ammessi dal legislatore
- Presenza di interesse transfrontaliero (art. 48 comma 2)
- Appalti lavori di importo compreso tra il milione di euro ed il sottosoglia (ipotesi lettera d) comma 1 art. 50)
- Nello schema gli estensori richiedevano l'adeguata motivazione
- Posizione diversa del legislatore (che ha espunto il passo in parola)
- Legge provincia di Bolzano

Art. 10 1. L'articolo 26 della legge provinciale 17 dicembre 2015, n. 16, e successive modifiche, è così sostituito:

"Art. 26 (Procedura negoziata senza previa pubblicazione sotto soglia UE e affidamenti diretti) - 1. Le stazioni appaltanti procedono all'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea con le seguenti modalità:

(...)

2. Per la selezione degli operatori economici da invitare alle procedure negoziate, le stazioni appaltanti non possono utilizzare il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate, nei casi in cui non risulti praticabile nessun altro metodo di selezione degli operatori. Le stazioni appaltanti pubblicano sul proprio sito istituzionale i nominativi degli operatori economici consultati nell'ambito delle procedure di cui al comma 1.

3. La stazione appaltante seleziona gli operatori economici da invitare alle procedure negoziate di cui al presente articolo dall'elenco di cui all'articolo 27, nel rispetto dei principi di rotazione, libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.

4. È sempre salva la possibilità di ricorrere motivatamente alle procedure ordinarie di scelta del contraente, fermo restando il rispetto dei termini massimi di conclusione delle procedure negoziate.

5. Quando per gli affidamenti e le procedure di cui al presente articolo la stazione appaltante accerta l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, la stessa segue le procedure ordinarie. La Giunta provinciale adotta linee guida con le quali sono stabiliti i criteri oggettivi per l'individuazione dell'esistenza di un interesse transfrontaliero certo.

6. Nelle procedure negoziate con il criterio del prezzo più basso, le stazioni appaltanti **possono prevedere, negli atti di gara, l'esclusione automatica** delle offerte che risultano anomale, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque. In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.

(...)

affidamento e aggiudicazione

- *art. 3, comma 1) lett. d)*
- *«affidamento diretto», 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;*

- Art. 17 fasi procedure di affidamento

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

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



Gli illeciti professionali

LEGGE 78/2022 ART. 2 lett. n)

*n) **razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione, al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe, individuando le fattispecie che configurano l'illecito professionale** di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014;*

L'esigenza di certezza

Art. 95. (Cause di esclusione non automatica)

1. La stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti:

*e) che l'offerente **abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. All'articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi.***

Gli illeciti professionali (art. 98)

La linea seguita è stata quella di elencare le fattispecie che possono condurre alla adozione di una **deliberazione** motivata di esclusione (“non automatica” per quanto indicato nell’art. 95, comma 1, lett. e) dell’operatore economico, eliminando gli elementi di incertezza che hanno comportato un contenzioso imponente in materia.

Le novità maggiormente rilevanti del testo proposto, sono le seguenti:

È parso utile rimettere alla disciplina generale (art. 95, comma 1, lett. e); art. 96 commi 10-12) in materia di cause di esclusione la disciplina "cornice" in punto di:

I) momento iniziale di decorrenza del triennio per ciascuna causa facoltativa di esclusione;

II) onere di comunicazione da parte dell'operatore economico dei provvedimenti giudiziari, con riguardo alle fattispecie integranti reato, e dei provvedimenti sanzionatori resi dalle Autorità regolatrici e le conseguenze dell'inottemperanza a tale onere in punto di decorrenza del periodo triennale di possibile esclusione;

b) è stato invece rimesso a questo specifico e "nuovo" articolo sull'illecito professionale il compito di definire quest'ultimo; in particolare, detto articolo:

I) individua quale sia l'autorità competente a disporre l'esclusione "non automatica" di cui all'art. 95, comma 1, lett. e);

II) enumera e descrive le fattispecie rilevanti;

III) individua i mezzi di prova delle medesime;

IV) chiarisce la portata dell'obbligo motivazionale ove si voglia disporre l'esclusione dell'operatore.

Il comma 1 enuclea una scelta perimetrativa: le Linee Guida ANAC n. 6 approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016, aggiornate al decreto legislativo n. 56 del 19 aprile 2017 con deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017 facevano **riferimento a tutti i soggetti di cui al comma 3 dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016 (disposizione, quest'ultima, riprodotta con le modifiche su cui ci si è soffermati in precedenza, al terzo comma dell'art. 94); così, recitano, infatti, sul punto le Linee Guida ANAC n. 6 aggiornate: "I gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara quando sono riferiti direttamente all'operatore economico o ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3 e comma 5, del Codice"**.

Sempre l'ANAC, nel proprio Atto di segnalazione n. 3 del 27 luglio 2022 (delibera n. 370 del 27 luglio 2022), al capo 2.2.2. aveva evidenziato **la necessità di una presa di posizione su tale delicata questione del c.d. "contagio" dell'operatore economico da parte della persona fisica**

1. L'illecito professionale grave **rileva solo se compiuto dall'operatore economico offerente, salvo quanto previsto dal comma 3, lettere g) ed h).** (*)

(*) **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 (***)**;

(**) 3. L'esclusione di cui ai commi 1 e 2 è disposta se la sentenza o il decreto oppure la misura interdittiva ivi indicati sono stati emessi nei confronti:

a) dell'operatore economico ai sensi e nei termini di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231;

b) del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale;

c) di un socio amministratore o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo;

d) dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice;

e) dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi gli institori e i procuratori generali;

f) dei componenti degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo;

g) del direttore tecnico o del socio unico;

h) dell'amministratore di fatto nelle ipotesi di cui alle lettere precedenti.

(*) GLI STESSI DELL'ARTICOLO 80 COMMA 1
tranne che «applicazione della pena su richiesta ai
sensi dell'articolo 444 del codice di procedura
penale**

- C. 2 art. 98

2. *L'esclusione di un operatore economico ai sensi dell'articolo 95, comma 1, lettera e) (*) è disposta e comunicata dalla stazione appaltante quando ricorrono tutte le seguenti condizioni:*

(*) che l'offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. All'articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi.

- a) *elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale;*
- b) *idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore;*
- c) ***adeguati mezzi di prova di cui al comma 6.***

Il comma 2 specifica quali siano **le condizioni indispensabili** perché possa disporsi da parte della stazione appaltante l'esclusione (non automatica) di un operatore economico al verificarsi di un evento tra quelli descritti nei successivi commi, chiarendo la necessità della compresenza delle medesime.

- a) elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale;*
- b) idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore;*
- c) adeguati mezzi di prova di cui al comma 6.*

3. *L'illecito professionale si può desumere al verificarsi di almeno uno dei seguenti elementi:*

a) sanzione esecutiva irrogata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore, rilevante in relazione all'oggetto specifico dell'appalto;

MEZZO DI PROVA

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) 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;***

MEZZO DI PROVA

b) quanto alla lettera b), la presenza di indizi gravi, precisi e concordanti che rendano evidente il ricorrere della situazione escludente;

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;

MEZZO DI PROVA

c) quanto alla lettera c), l'intervenuta risoluzione per inadempimento o la condanna al risarcimento del danno o ad altre conseguenze comparabili;

d) condotta dell'operatore economico che abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori;

MEZZO DI PROVA

d) quanto alla lettera d), la emissione di provvedimenti giurisdizionali anche non definitivi;

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;

MEZZO DI PROVA

e) quanto alla lettera e), l'accertamento definitivo della violazione;

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;

MEZZO DI PROVA

f) quanto alla lettera f), gli elementi ivi indicati;

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;

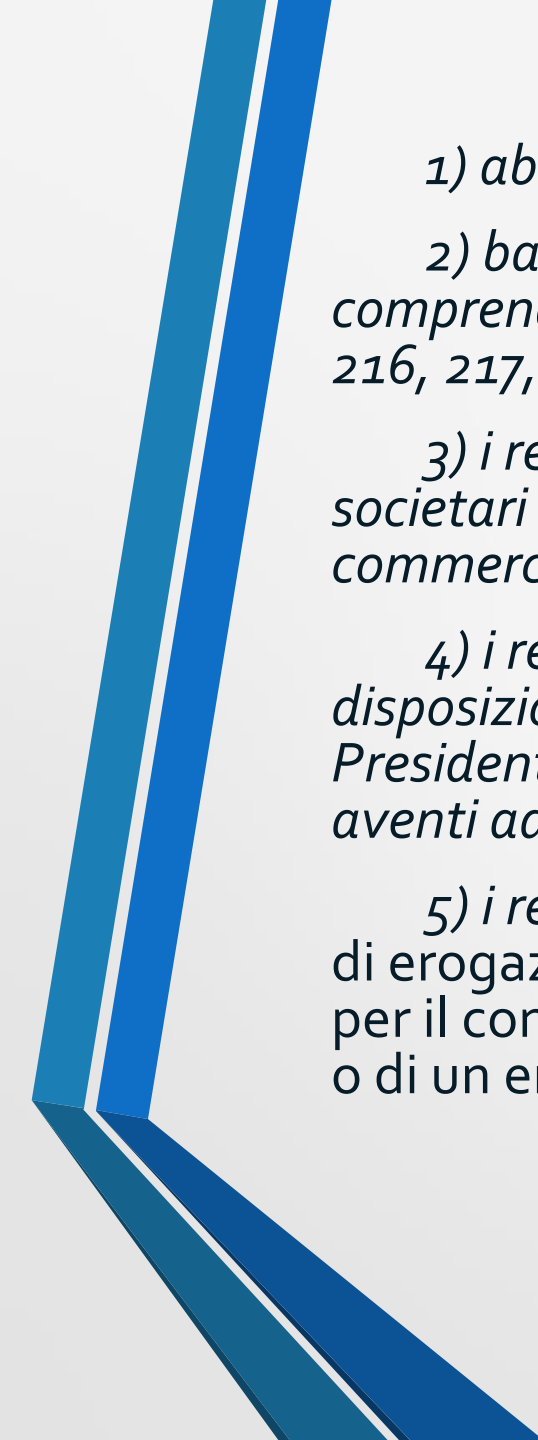
MEZZO DI PROVA

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) 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:

MEZZO DI PROVA

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. (GIA' NELLE LINEE GUIDA ANAC N. 6)

- 
- 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. (Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato, di un ente pubblico o dell'Unione Europea per il conseguimento di erogazioni pubbliche, frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico e frode nelle pubbliche forniture)*

Mezzi di prova

6. Costituiscono mezzi di prova adeguati, in relazione al comma 3:

a) quanto alla lettera a), i provvedimenti sanzionatori esecutivi resi dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore;

b) quanto alla lettera b), **la presenza di indizi gravi, precisi e concordanti che rendano evidente il ricorrere della situazione escludente;**

c) quanto alla lettera c), **l'intervenuta risoluzione per inadempimento o la condanna al risarcimento del danno o ad altre conseguenze comparabili;**

d) quanto alla lettera d), **la emissione di provvedimenti giurisdizionali anche non definitivi;**

e) quanto alla lettera e), l'accertamento definitivo della violazione;

f) quanto alla lettera f), gli elementi ivi indicati;

g) quanto alla lettera g), gli atti di cui all'articolo 407-bis, comma 1, del codice di procedura penale, il decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'articolo 429 del codice di procedura penale, o eventuali provvedimenti cautelari reali o personali emessi dal giudice penale, la sentenza di condanna non definitiva, il decreto penale di condanna non irrevocabile, la sentenza non irrevocabile di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale;

h) quanto alla lettera h), la sentenza di condanna definitiva, il decreto penale di condanna irrevocabile, e la condanna non definitiva, i provvedimenti cautelari reali o personali, ove emessi dal giudice penale.

4. La valutazione di gravità tiene conto del bene giuridico e dell'entità della lesione inferta dalla condotta integrante uno degli elementi di cui al comma 3 e del tempo trascorso dalla violazione, anche in relazione a modifiche intervenute nel frattempo nell'organizzazione dell'impresa.

5. Le dichiarazioni omesse o non veritiere rese nella stessa gara e diverse da quelle di cui alla lettera b) del comma 3 (*) possono essere utilizzate a supporto della valutazione di gravità riferita agli elementi di cui al comma 3.

(*) 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;

7. La stazione appaltante valuta i provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali di cui al comma 6 motivando sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente; ***l'eventuale impugnazione dei medesimi è considerata nell'ambito della valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente.***

8. Il provvedimento di esclusione deve essere motivato in relazione a tutte e tre le condizioni di cui al comma 2. (*)

(*) a) elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale;

b) idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore;

c) adeguati mezzi di prova di cui al comma 6.

Quesiti successivi al webinar

- NEL CASO DI APPALTO AGGIUDICATO PRIMA DEL 1 LUGLIO, PER IL CONTRATTO SI APPLICA LA NORMATIVA DEL NUOVO CODICE? QUINDI PER AFFIDAMENTO DIRETTO ATTRAVERSO SCAMBIO DI CORRISPONDENZA ANZICHE' ATTO PUBBLICO AMMINISTRATIVO? (IL REGOLAMENTO COMUNALE PREVEDE ATTO PUBBLICO PER IMPORTI SUPERIORI A 40.000 EURO)
- Risposta:
- Per le procedure avviate entro il 30 giugno (e quindi bando pubblicato e lettera di invito inviata entro tale data) si applicano esclusivamente le norme del codice del 2016. Nel caso di specie, la stazione appaltante si è autovincolata pertanto è tenuta ad applicare le proprie regole.
- • LA REVISIONE PERIODICA DEL PREZZO DELL'APPALTO DI SERVIZI DEVE ESSERE EFFETTUATA DAL RUP O DAL DEC?
- Risposta
- La revisione è di competenza del RUP con cui collabora il DEC che dovrà fornire i vari elementi istruttori per poter procedere.

Quesiti successivi al webinar

- • BUONASERA, SE PRIMA DEL 30/06 ABBIAMO PUBBLICATO UNA MANIFESTAZIONE DI INTERESSE, L’AFFIDAMENTO DIRETTO/NEGOZIATA CHE NE CONSEGUE, VERRÀ GESTITA SECONDO IL NUOVO O VECCHIO CODICE?
- Risposta
- La lettera di invito, pertanto, verrà inviata dopo l’efficacia del nuovo Codice (a far data dal primo luglio) pertanto la normativa applicabile è quella contenuta nel decreto legislativo 36/2023
- • NEL NUOVO CODICE NON TROVO IL CORRISPONDENTE OBBLIGO IN MATERIA DI STIPULA DI POLIZZE ASSICURATIVE PER I PROGETTISTI ESTERNI, POTREBBE CHIARIRMI QUESTO PUNTO?
- Risposta
- Il nuovo Codice si occupa delle polizze dei progettisti interni ma rimane fermo l’obbligo per i progettisti esterni che devono quindi tenere “esente” l’ente da responsabilità per danni