

**Audizione del Presidente dell'ANAC, Avv. Giuseppe Busia, sulle risoluzioni in Commissione n. 7/00220 presentata dall'On. Erica Mazzetti il 03.05.2024, n. 7/00229 presentata dall'On. Franco Manes l'11.06.2024, n. 7/00234 presentata dall'On. Agostino Santillo il 21.06.2024 e n. 7/00247 presentata dall'On. Massimo Milani il 02.08.2024 – Modifiche al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, "Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici"**

**VIII Commissione – Ambiente, territorio e lavori pubblici  
Camera dei Deputati, 6 agosto 2024**

**Indice**

Premessa	1
1. L'equivalenza delle tutele (art. 11, co. 3)	3
2. La trasparenza dei contratti pubblici: l'affidamento diretto a società <i>in house</i> (artt. 7, 23 e 28)	4
3. L'appalto integrato (art. 44)	5
4. Le procedure per l'affidamento dei contratti di importo inferiore alle soglie europee (art. 50)	6
5. L'esclusione automatica delle offerte anomale (art. 54)	8
6. Le clausole sociali e i criteri di sostenibilità energetica e ambientale (art. 57)	9
7. La revisione dei prezzi (art. 60)	10
8. L'esclusione dell'obbligo di qualificazione per i soggetti privati che realizzano opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione (artt. 62 e 63)	11
9. Gli operatori economici per l'affidamento di servizi di architettura e di ingegneria (art. 66)	12
10. Cause di esclusione non automatica (art. 95)	13
11. L'illecito professionale (artt. 94, 95 e 98)	14
12. I requisiti di ordine speciale (art. 100)	15
13. La Direzione dei lavori (art. 114)	16
14. Le tempistiche del collaudo e della verifica di conformità (art. 116)	17
15. Le garanzie definitive negli Accordi quadro (art. 117)	18
16. Il subappalto a cascata (art. 119)	18
17. La modifica del contratto in corso di esecuzione: il c.d. "quinto d'obbligo" (art. 120, co. 9)	19
18. L'anticipazione del prezzo nei settori speciali (art. 141)	20
19. Il collegio consultivo tecnico (art. 215)	21
20. Ulteriori profili critici da valutare in sede di correttivo al Codice	22
20.1. Il conflitto di interessi (art. 16)	22
20.2. Il Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico (artt. 24 co. 3, 99 e 222 co. 13)	23
20.3. Il principio di rotazione degli affidamenti (art. 49)	24
20.4. La qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza (artt. 62 e 63)	25
20.5. La reputazione dell'impresa (artt. 108 e 109)	26
20.6. La finanza di progetto (art. 193)	27
20.7. L'equo compenso	28

***Premessa***

Si desidera esprimere, innanzitutto, un sentito ringraziamento al Presidente e ai Componenti della VIII Commissione della Camera dei Deputati per avere deciso di audire l'Autorità in merito ad un tema di tale rilevanza e, soprattutto, per aver scelto di avviare già in questa fase un dibattito sull'argomento.



È estremamente apprezzabile che, all’annuncio della prossima adozione di un decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici, la Commissione parlamentare, proattivamente, **in fase ascendente**, si attivi con **atti di indirizzo** per far sapere al Governo che cosa si attende da tale revisione e quali siano gli interventi ritenuti di importanza prioritaria. Si tratta di un’iniziativa non usuale, un’occasione unica, assolutamente utile e opportuna e, in ragione della sua straordinarietà, ancor più significativa, soprattutto perché riferita ad un testo – l’aggiornamento della normativa in materia di contratti pubblici – così strettamente connesso alle prospettive di crescita e sviluppo del nostro Paese.

Risulta, infatti, evidente che il corretto funzionamento del mercato dei contratti pubblici, sotto il duplice profilo della trasparenza e legalità e della celerità ed efficienza, oltre a costituire uno degli obiettivi fondamentali del complesso disegno riformatore delineato dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, rappresenta una condizione imprescindibile per la crescita economica e il benessere collettivo.

In tale ottica e in pieno spirito collaborativo, l’Autorità che ho l’onore di presiedere, raccogliendo anche le osservazioni di numerosi *stakeholder*, ha inteso segnalare, sin da subito, alla Cabina di regia per i contratti pubblici alcuni **aspetti della nuova disciplina potenzialmente critici**, alcuni dei quali risultano ora opportunamente evidenziati anche nelle risoluzioni in esame.

Il 23 luglio scorso, ad un anno circa dall’efficacia del nuovo Codice, si è, quindi, proceduto a presentare unitariamente al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e alla stessa Cabina di regia, nell’ambito di una consultazione avviata proprio in vista dell’auspicata adozione di un correttivo al Codice, le segnalazioni e le proposte di rilevanza prioritaria, inserite in un’apposita tabella (All. 1 al presente documento) e ivi classificate in tre distinte tipologie: proposte emendative recanti modifiche sostanziali; interventi di chiarimento con finalità interpretativa; correzioni di meri refusi o di difetti di coordinamento testuale.

Preme, infatti, sottolineare che vi è un interesse comune, da parte di tutti i soggetti istituzionali coinvolti e degli operatori del settore, a realizzare una revisione del Codice efficace e funzionale.

Nel presente documento verrà riservata una trattazione approfondita soprattutto ai temi – affrontati nelle quattro risoluzioni in esame – che sono stati già oggetto di specifiche osservazioni e proposte da parte dell’Autorità, rinviando alla citata tabella per eventuali approfondimenti. Verranno, infine, formulate alcune valutazioni in merito ad **ulteriori profili critici** che, ancorché non presi in considerazione nelle risoluzioni in argomento, appaiono anch’essi di prioritario rilievo e meritevoli, pertanto, di particolare attenzione in vista della stesura del correttivo.

Si rinnova, in ogni caso, la più ampia disponibilità dell’Autorità a collaborare, formalmente e informalmente, con la Commissione parlamentare per ogni eventuale necessità in relazione alla modifica del vigente Codice dei contratti.

Ciò premesso, prima di procedere all’esame puntuale delle specifiche problematiche, giova sottolineare come le quattro risoluzioni presentate, pur provenendo da gruppi parlamentari diversi, manifestino significativi elementi di convergenza, per esempio in tema di pubblicità e trasparenza o in relazione al c.d. subappalto a cascata. Si ritiene che tale convergenza possa davvero indicare al Governo dove indirizzare la propria azione.



Da ultimo, si ribadisce, anche rispetto a precedenti interventi sull'argomento, l'esigenza primaria di assicurare che, nella modifica al Codice, non si arretri nell'attuazione delle due novità più rilevanti del nuovo sistema normativo: la **digitalizzazione dell'intero ciclo di vita del contratto** ed il **processo di qualificazione**, tanto delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza quanto degli operatori economici, tramite il *rating* reputazionale. Si è anzi dell'avviso che un eventuale potenziamento di tali due elementi, che costituiscono i fattori abilitanti l'intero sistema, contribuirebbe a risolvere in concreto molte delle problematiche che dovessero insorgere.

### **1) L'equivalenza delle tutele (art. 11, co. 3)**

In merito al principio di "equivalenza di tutele per i lavoratori", nella risoluzione n. 7/00247 si evidenzia l'opportunità di chiarire che l'operatore economico possa indicare un differente contratto collettivo purché questo, oltre a garantire le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante, si riferisca anche al **medesimo settore**.

Al riguardo, si segnala preliminarmente che nella **Relazione illustrativa al bando-tipo n. 1**, adottato il 27 giugno 2023, al fine di agevolare lo svolgimento delle valutazioni di competenza in merito all'equivalenza delle tutele economiche e normative nel caso in cui l'operatore indichi l'applicazione di un differente contratto collettivo, ANAC ha fornito alle stazioni appaltanti **specifiche indicazioni** (pagg. 11-12), elaborate all'esito di un produttivo confronto con il Ministero del Lavoro, l'Ispettorato Nazionale del Lavoro, il CNEL, l'INPS, CGIL, CISL e UIL, nonché sulla base delle osservazioni pervenute in sede di consultazione<sup>1</sup>.

L'Autorità ha inoltre proseguito l'approfondimento delle questioni sollevate da numerosi *stakeholder* sul tema in esame, anche allo scopo di pervenire alla predisposizione di una **dichiarazione di**

---

<sup>1</sup> Premesso che sono rari i casi in cui due contratti presentano esattamente lo stesso articolato, si ritiene che la dichiarazione di equivalenza debba dimostrare che il diverso CCNL adottato, al di là del *nomen iuris*, garantisca tutele equiparabili. Al riguardo, si ritiene che le stazioni appaltanti possano trarre utili elementi di riferimento dalle indicazioni fornite dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro con la Circolare n. 2 del 28.07.2020. In particolare, ANAC chiarisce che la valutazione deve necessariamente avere ad oggetto sia le tutele economiche sia quelle normative, in quanto complesso inscindibile, e suggerisce di effettuare dapprima la valutazione dell'equivalenza economica dei contratti, prendendo a riferimento le componenti fisse della retribuzione globale annua costituite dalle seguenti voci: retribuzione tabellare annuale; indennità di contingenza; Elemento Distinto della Retribuzione – EDR – a cui vanno sommate le eventuali mensilità aggiuntive (tredicesima e quattordicesima), nonché ulteriori indennità previste. Quanto alla valutazione di equivalenza delle tutele normative, sono presi a riferimento i seguenti elementi: la disciplina concernente il lavoro supplementare e le clausole elastiche nel *part-time*; la disciplina del lavoro straordinario, con particolare riferimento ai suoi limiti massimi, con l'avvertenza che solo il CCNL *leader* può individuare ore annuali di straordinario superiori alle 250 (lo stesso non possono fare i CCNL sottoscritti da soggetti privi del requisito della maggiore rappresentatività); la disciplina compensativa delle *ex festività* soppresse, che normalmente avviene attraverso il riconoscimento di permessi individuali; la durata del periodo di prova; la durata del periodo di preavviso; la durata del periodo di comporto in caso di malattia e infortunio; malattia e infortunio, con particolare riferimento al riconoscimento di un'eventuale integrazione delle relative indennità; maternità ed eventuale riconoscimento di un'integrazione della relativa indennità per astensione obbligatoria e facoltativa; monte ore di permessi retribuiti; bilateralità; previdenza integrativa; sanità integrativa. La stazione appaltante può ritenere sussistente l'equivalenza in caso di scostamenti marginali in un numero limitato di parametri. Sul punto, si evidenzia che la richiamata Circolare dell'INL individua un primo elenco di nove istituti sui quali effettuare la verifica di equivalenza dei trattamenti normativi, ritenendo ammissibile lo scostamento limitato ad un solo parametro. Pertanto, considerato che l'elenco sopra riportato è più ampio, si può ritenere ammissibile, di regola, uno scostamento limitato a soli due parametri.



**equivalenza standard**, nella quale la stazione appaltante possa indicare gli elementi e i valori da porre a riferimento per garantire le stesse tutele. Ciò permetterebbe anche all'operatore economico di verificare, in sede di presentazione dell'offerta, quali tutele deve garantire e di compiere le scelte conseguenti.

In merito all'intervento correttivo proposto nella risoluzione n. 7/00247, si esprime sostanziale condivisione, in quanto la **coerenza del contratto da applicare rispetto al settore** di riferimento costituisce un elemento rilevante di cui tenere conto.

Si ritiene, tuttavia, che, al fine di disciplinare più chiaramente l'equivalenza delle tutele – almeno per evidenziare che la garanzia delle stesse tutele previste dal contratto collettivo indicato dalla stazione appaltante e la salvaguardia occupazionale si applicano in tutti i casi, fatte salve eventuali distinzioni sotto altri profili – **sarebbe più opportuno intervenire con un emendamento all'articolo 57**, che tratta il correlato tema delle clausole sociali, e per il quale effettivamente si avverte l'esigenza di un intervento di riordino normativo, piuttosto che sulla disposizione di cui al comma 3 dell'articolo 11, la quale, in quanto norma di principio, dovrebbe essere, possibilmente, conservata *in toto*. Si rinvia, a tal proposito, alle osservazioni riportate nell'allegata tabella (All. 1).

## **2) La trasparenza dei contratti pubblici: l'affidamento diretto a società in house (artt. 7, 23 e 28)**

Nella risoluzione n. 7-00234 si chiede di valutare, in sede di adozione del correttivo al decreto legislativo n. 36/2023, l'opportunità di estendere l'ambito di applicazione della disciplina in materia di trasparenza a tutte le procedure di affidamento di contratti pubblici, comprese quelle che prevedono **l'affidamento diretto a società in house** secondo il principio di auto-organizzazione amministrativa previsto dall'articolo 7 del citato decreto.

Si accoglie con favore la proposta in commento, che appare sostanzialmente in linea con le valutazioni espresse dall'Autorità in merito al richiamato articolo 7, rubricato "Principio di auto-organizzazione amministrativa", specie per quanto attiene all'opportunità di prevedere una maggiore trasparenza degli affidamenti diretti a favore di società *in house*.

Rispetto al previgente Codice sembra essersi registrato un arretramento con riferimento alla tutela del mercato, in quanto, con la **soppressione dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house**, è venuto meno il vaglio di ANAC sull'effettiva esistenza dei requisiti dell'*in house*; vaglio che non bloccava affatto le stazioni appaltanti, ma piuttosto le aiutava a prevenire eventuali contenziosi.

In più occasioni, pertanto, si è ribadito che il mantenimento di detto elenco avrebbe rappresentato l'*optimum*, manifestando l'evidente beneficio di verificare *a priori* la sussistenza dei requisiti richiesti dalla normativa euro-unitaria per il ricorso a tale fattispecie di affidamento diretto.

Al riguardo, deve altresì evidenziarsi che il Legislatore, pur avendo optato per l'eliminazione di detto elenco, ha tuttavia ritenuto opportuno, come necessario contrappeso, oltre che come garanzia di tracciabilità e trasparenza, l'obbligo di **acquisizione del Codice Identificativo di Gara (CIG)** anche per gli affidamenti diretti a società *in house*, come chiaramente si evince dall'articolo 23, comma 5,



secondo periodo, d.lgs. 36/2023, ove si prevedono, per tale tipologia di affidamento, i medesimi obblighi informativi nei confronti della Banca Dati Nazionale Contratti Pubblici (BDNCP) ordinariamente previsti per tutti i contratti pubblici.

Per quanto attiene, invece, all'attuale formulazione della disposizione di cui all'articolo 7, riproponendo quanto già rappresentato al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e alla Cabina di regia, si ribadisce l'opportunità di richiamare, per tutti i contratti *in house*, la disciplina prevista dal Legislatore in sede di riordino dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, con particolare riferimento all'articolo 17, comma 2, del decreto legislativo n. 201/2022<sup>2</sup>, in cui si prevede l'obbligo di motivazione "qualificata" e "anticipata", che deve essere contenuta nella deliberazione di affidamento *in house* del servizio e la cui pubblicazione deve precedere di almeno 60 giorni la stipula del contratto.

Posto che gli affidamenti di servizi pubblici locali non esauriscono il complessivo ambito dei contratti pubblici che le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare a proprie società *in house*, appare opportuno valutare di richiamare per tutti i contratti pubblici che vengano affidati con tale modalità l'obbligo di "motivazione rafforzata" – con i connessi oneri di pubblicità e trasparenza – recentemente previsto dal Legislatore in sede di riordino dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, mediante un rinvio alla disciplina espressa dal citato articolo 17 del d.lgs. 201/2022.

In ogni caso, è assolutamente condivisibile l'idea che occorra una **maggior trasparenza in merito agli affidamenti *in house***. Un importante presidio in tal senso è stato assicurato, come si è detto, prevedendo l'inserimento di alcuni dati ed elementi informativi nella BDNCP, ma sarebbe auspicabile un ulteriore rafforzamento delle garanzie di trasparenza riguardo tale fattispecie.

### **3) L'appalto integrato (art. 44)**

Nella stessa risoluzione n. 7-00234 si segnala all'attenzione del Governo anche l'esigenza di introdurre presidi normativi idonei ad **evitare un uso improprio dell'appalto integrato** e, a tal fine, si chiede di valutare l'opportunità che venga riproposta la disposizione del previgente Codice, che condizionava l'utilizzo dell'istituto alla **prevalenza dell'elemento tecnologico o innovativo** delle opere da eseguire rispetto all'importo complessivo dei lavori<sup>3</sup>.

In linea generale, le valutazioni espresse al riguardo appaiono condivisibili.

L'appalto integrato non deve essere demonizzato, posto che in alcuni casi esso si rivela utile e opportuno, tanto per gli operatori economici quanto per le stazioni appaltanti. È importante, però, **circoscriverne l'utilizzo alle sole ipotesi di effettiva necessità e utilità**.

A tal proposito, si evidenzia che anche ANAC ha rilevato possibili criticità in relazione a questo istituto, con particolare riferimento al rischio che l'appaltatore, nella redazione del progetto esecutivo, persegua l'obiettivo della **massimizzazione del proprio utile** piuttosto che quello dell'ottimizzazione

<sup>2</sup> Decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201, "Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica".

<sup>3</sup> Art. 59, co. 1-bis, d.lgs. 50/2016 e s.m.i.: "Le stazioni appaltanti possono ricorrere all'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione aggiudicatrice nei casi in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori".



dell'opera, creando i presupposti, già in fase di progettazione, per una maggiorazione dei costi in corso d'opera mediante il ricorso a onerose varianti o a soluzioni progettuali fuori mercato.

Si è pertanto proposto al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e alla Cabina di regia, come si evince dall'allegata tabella, di **circoscrivere l'ambito applicativo dell'appalto integrato ad ipotesi predeterminate**, introducendo, eventualmente, limitazioni in funzione della tipologia di opera da realizzare o del valore economico dei lavori.

#### ***4) Le procedure per l'affidamento dei contratti di importo inferiore alle soglie europee (art. 50)***

Nelle risoluzioni nn. 7/00220 e 7/00229 si segnala al Governo la necessità di prevedere che la stazione appaltante garantisca **un'adeguata pubblicità preventiva e successiva** per scongiurare eventuali abusi nell'utilizzo dell'affidamento diretto e della procedura negoziata senza bando per acquisizioni di importo inferiore alle soglie europee, anche valutando che il possibile aggravio di adempimenti e costi per le stazioni appaltanti sarebbe compensato da un minore rischio di contenzioso.

In relazione alle acquisizioni di valore inferiore alle soglie di rilevanza europea, nella risoluzione n. 7-00234 si chiede anche di prevedere un **ridimensionamento delle soglie** che esentano la stazione appaltante dal confronto concorrenziale, nonché l'introduzione dell'obbligo di **pubblicazione sul sito istituzionale degli atti relativi alla determina a contrarre e della scelta dell'affidatario**, adeguatamente motivati. Viene, altresì, segnalata l'opportunità di estendere in modo generalizzato la possibilità di ricorso, anche per gli appalti sottosoglia, **alla procedura ordinaria** in luogo della procedura negoziata, qualora tale soluzione appaia più idonea rispetto alle caratteristiche del mercato di riferimento.

Infine, nella risoluzione n. 7/00247, con la medesima finalità pro-concorrenziale, si suggerisce di prevedere, per gli affidamenti di lavori di importo pari o superiore a **2,5 milioni di euro**, **l'obbligo di invitare tutti i soggetti che vi abbiano manifestato interesse**, nonché, in via generale, l'obbligo di ricorso, per le procedure negoziate, a **elenchi costituiti annualmente** dalle stazioni appaltanti e organizzati per fasce di importo e categorie.

L'Autorità ha dedicato, fin da subito, molta attenzione al tema degli affidamenti dei contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, manifestando le criticità connesse al notevole innalzamento sia delle soglie per l'affidamento diretto che di quelle per la procedura negoziata senza bando, pur apprezzando l'intento del Legislatore di attuare la massima semplificazione procedurale.

In relazione all'affidamento di lavori, la risoluzione n. 7/00247 opportunamente propone di individuare una **soglia intermedia** tra 1 milione di euro e la soglia di rilevanza europea, che, come è noto, per i lavori è di oltre 5 milioni di euro. Non solo tale proposta appare ampiamente condivisibile, ma si è addirittura dell'avviso che anche per gli affidamenti di servizi e forniture sarebbe utile individuare dei limiti d'importo intermedi al di sotto della soglia europea (attualmente 140.000 euro), al fine di garantire maggiore trasparenza e apertura del mercato.



Con riferimento agli affidamenti diretti di servizi e forniture, si è infatti evidenziato come la soglia di 140.000 euro sia idonea ad assorbire la maggior parte degli acquisiti posti in essere dalle stazioni appaltanti; consentire di procedere senza ricorrere – se non in casi residuali – a procedure di evidenza pubblica esclude quel necessario confronto concorrenziale che è, invece, garanzia di un affidamento efficiente per l'amministrazione.

Per le suddette ragioni, è stata più volte ribadita la **necessità di ridimensionare le suddette soglie** al fine di stimolare il confronto competitivo anche nell'ottica del principio di risultato.

Le soglie elevate, ancorché giustificabili in un momento di particolare urgenza per accelerare l'avvio degli affidamenti, in un periodo di normalità hanno come effetto di ridurre il confronto concorrenziale tra gli operatori economici, diminuire il grado di trasparenza, escludere dal mercato le piccole e medie imprese non conosciute dalle stazioni appaltanti, favorire comportamenti elusivi da parte delle stesse stazioni appaltanti, le quali potrebbero essere indotte a frazionare gli importi a base di gara proprio per evitare il confronto concorrenziale (si veda, al riguardo, quanto rappresentato nell'allegata tabella; cfr. All. 1).

In via subordinata, si accoglie con favore la richiesta di prevedere degli **strumenti di compensazione dell'ampliamento delle soglie**, sia mediante il **potenziamento del contenuto della motivazione della determina a contrarre** – o atto equivalente – sia mediante la previsione di presìdi che garantiscano una **maggiore trasparenza** dell'operato dell'amministrazione, ad esempio tramite l'introduzione dell'obbligo di pubblicazione sul sito della stazione appaltante dell'avviso dell'avvio della procedura negoziata.

In tema di trasparenza, in particolare, si condivide la proposta di **rafforzare gli obblighi di pubblicità** per le procedure sottosoglia. Tale intervento potrebbe essere effettuato prevedendo la comunicazione preventiva di dati e informazioni alla **Banca Dati Nazionale Contratti Pubblici (BDNCP)** in sede di richiesta del Codice Identificativo di Gara (CIG), anteriormente all'adozione della decisione di contrarre.

Sarebbe da evitare, invece, il ritorno alla pubblicità attraverso i quotidiani, la quale, peraltro, non sembrerebbe poter offrire un contributo utile al sistema, atteso che è più efficace e funzionale trovare tutte le informazioni gratuitamente in un unico luogo virtuale, secondo quanto assicura ANAC attualmente anche grazie al collegamento diretto della BDNCP con l'Ufficio delle pubblicazioni dell'UE. È senz'altro importante garantire fonti di finanziamento ai giornali e alla carta stampata, ma si ritiene che sarebbe preferibile operare a tal fine in altre sedi e attraverso diversi strumenti, evitando di reintrodurre gravosi oneri a carico delle imprese.

Assolutamente opportuna appare anche la proposta – formulata nella risoluzione n. 7-00234 – di prevedere che **si possa ricorrere alle procedure ordinarie** anche per gli affidamenti di importo inferiore alle soglie europee, evitando di rendere obbligatoria la deroga anche nei casi in cui non sussista alcuna esigenza di ricorrere ad essa.

L'Autorità ha in più occasioni evidenziato la necessità di consentire sempre alle stazioni appaltanti, nell'esercizio della propria discrezionalità e in applicazione del principio di auto-organizzazione amministrativa, di ricorrere alle procedure ordinarie anche sotto soglia, in luogo delle procedure negoziate, qualora le caratteristiche del mercato di riferimento inducano a ritenere preferibile un ampio confronto concorrenziale.



Tale orientamento è stato recepito nella **Circolare del MIT n. 298 del 20 novembre 2023** che, in relazione alle procedure di affidamento di cui all'articolo 50, estende la possibilità di ricorso alle procedure ordinarie *"nel solco dei principi e delle regole della normativa di settore dell'Unione europea, che, in particolare, richiama gli Stati membri a prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di applicare procedure aperte o ristrette come disposto dalla direttiva 2014/24/UE."*

Sarebbe comunque utile assicurare anche un **fondamento normativo** alla possibilità di ricorso alle procedure ordinarie per le acquisizioni sottosoglia, specie al fine di prevenire contenziosi.

Per quanto attiene, infine, all'utilizzo di **elenchi di operatori economici**, un positivo riscontro si constata nel testo dell'art. 50 del d.lgs. n. 36/2023, ove è stata, quanto meno, recepita la proposta formulata da ANAC in relazione alla necessità, nell'ottica di una maggiore trasparenza, che gli operatori economici da consultare nelle procedure negoziate senza bando siano individuati in base a indagini di mercato, o tramite elenchi di operatori economici.

### **5) L'esclusione automatica delle offerte anomale (art. 54)**

Con riferimento all'esclusione automatica delle offerte anomale, nella risoluzione n. 7/00247 si chiede di riformulare la disciplina relativa alla determinazione della soglia di anomalia delle offerte in modo da **impedire fenomeni collusivi e garantire offerte equilibrate**.

È assolutamente condivisa l'esigenza di predisporre presidi normativi idonei ad evitare fenomeni collusivi.

Il tema dell'esclusione automatica delle offerte anomale e delle modalità di calcolo della soglia di anomalia è stato affrontato dall'Autorità anche per altri profili, che hanno dato luogo a rilevanti dubbi applicativi, come si evince dall'allegata tabella.

Innanzitutto, si è evidenziato, in relazione all'art. 54, il **mancato riferimento ai contratti di forniture**, che andrebbero, invece, ugualmente ricompresi nell'ambito di applicazione della disciplina, nonché il **mancato riferimento alla motivazione circa la ritenuta assenza del carattere transfrontaliero dell'appalto**, quale condizione di applicazione di tale istituto.

In secondo luogo, si ritiene opportuno che l'esclusione automatica delle offerte anomale sia prevista come **possibilità**, in modo da non comprimere eccessivamente la discrezionalità della stazione appaltante nella gestione delle procedure sottosoglia aggiudicate al minor prezzo. La formulazione secondo cui le stazioni appaltanti *"prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultano anomale"* rischia di riproporre il **dubbio sulla obbligatorietà o facoltatività dell'istituto**, vale a dire se l'esclusione automatica debba applicarsi anche in assenza di una esplicita previsione negli atti di gara, etero-integrandoli, laddove il contratto non presenti carattere transfrontaliero certo. Peraltro, come sopra accennato, tale valutazione in merito all'assenza del carattere transfrontaliero dell'appalto, quale condizione di applicazione dell'esclusione automatica, dovrebbe essere supportata da una previa esplicita motivazione della stazione appaltante, in modo tale da superare i rilievi mossi dalla Commissione europea nella procedura di infrazione n. 2018/2273.

Infine, con riferimento all'**Allegato II.2 ("Metodi di calcolo della soglia di anomalia per l'esclusione automatica delle offerte")**, si è rilevata una **contraddizione** nella descrizione del METODO A tra quanto



previsto nel punto 1), secondo il quale *“la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore a una soglia di anomalia”* ed il punto 3), laddove è previsto che *“tutti gli sconti superiori alla soglia di anomalia sono automaticamente esclusi. Tra le offerte non escluse, la stazione appaltante individua come vincitrice quella con lo sconto maggiore”*. Nella **delibera n. 536 del 21 novembre 2023**, l’Autorità ha preso atto di tale apparente contraddizione, risolvendola, attraverso l’esame della relazione illustrativa al Codice, nel senso che le offerte che presentano un ribasso pari alla soglia vadano escluse in via automatica.

Appare necessario, tuttavia, **un intervento normativo** mirato alla definitiva risoluzione della problematica.

### ***6) Le clausole sociali e i criteri di sostenibilità energetica e ambientale (art. 57)***

Nella risoluzione n. 7-00234 si rileva che, con riferimento alla disciplina degli acquisti verdi, sarebbe opportuno ripristinare l’espressa previsione di **compiti di monitoraggio in capo ad ANAC sull’applicazione dei criteri ambientali minimi (CAM)** e sul raggiungimento degli obiettivi prefissati dal Piano d’azione per la sostenibilità dei consumi nel settore della pubblica amministrazione.

Non può che esprimersi favore e condivisione rispetto alla proposta di un ripristino dei compiti di monitoraggio di ANAC sull’applicazione dei CAM, in analogia a quanto previsto nel previgente sistema normativo<sup>4</sup>, evidenziando come l’impegno dell’Autorità in tal senso sia espressamente contemplato anche nell’**Accordo di collaborazione triennale di recente stipulato con il Ministero dell’Ambiente e della Sicurezza Energetica**.

Ai fini dell’eventuale monitoraggio potrebbe rivelarsi estremamente utile l’utilizzo della BDNCP.

In relazione all’articolo 57, si ribadisce in ogni caso, come sopra accennato, l’esigenza di un intervento di riordino e coordinamento delle disposizioni ivi contenute, onde evitare possibili criticità, specie per quanto concerne il rischio di interpretazioni difformi. In merito ai CAM, per esempio, la norma non risolve il dubbio circa l’applicazione di detti criteri ambientali negli appalti sottosoglia, e ulteriori profili di rischio sono stati già evidenziati da ANAC al MIT e alla Cabina di regia, come si evince dall’allegata tabella, alla quale si rinvia per i dettagli.

In generale, si rileva che il tema delle clausole sociali è trattato dal Codice in numerosi articoli, non sempre in coerenza tra loro. Si registrano la sovrapposizione di istituti e la sovrabbondanza di tutele, che potrebbero condurre ad un effetto contrario rispetto a quello auspicato (mancata o ridotta applicazione per difficoltà operative pratiche). Occorrerebbe, quindi, fare ordine, in modo da attribuire a ciascun obiettivo la corrispondente tutela, in ambito oggettivo e soggettivo.

Sarebbe opportuno, inoltre, valorizzare i **criteri reputazionali** di cui all’articolo 109, inserendo anche la sicurezza sul lavoro ed il rispetto delle clausole sociali e ambientali tra i parametri di cui tenere conto nella valutazione dell’affidabilità dell’operatore economico.

---

<sup>4</sup> L’art. 213 del d.lgs. n. 50/2016 stabiliva che: *“ANAC, per la gestione della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, si avvale della sezione centrale dell’Osservatorio”,* la quale *“provvede a monitorare l’applicazione dei criteri ambientali minimi di cui al decreto di cui all’articolo 34 comma 1 e il raggiungimento degli obiettivi prefissati dal Piano d’azione per la sostenibilità dei consumi nel settore della pubblica amministrazione”*.



## 7) *La revisione dei prezzi (art. 60)*

Secondo quanto rilevato nella risoluzione n. 7/00220, l'attuale previsione di cui all'articolo 60 del decreto legislativo n. 36/2023 non consentirebbe di disciplinare adeguatamente fattispecie contrattuali significativamente diverse, quali sono i contratti ad esecuzione istantanea e i contratti di durata pluriennale ad esecuzione continuata o periodica; per questi ultimi si suggerisce, pertanto, di ripristinare la revisione annuale – come già previsto dall'articolo 115 del decreto legislativo n. 163/2006<sup>5</sup> – e di introdurre ordinariamente meccanismi automatici di revisione.

Analoghe considerazioni sono espresse anche nella risoluzione n. 7-00229, ove si evidenzia, altresì, la necessità di chiarire e disciplinare puntualmente l'obbligo di inserimento delle clausole di revisione dei prezzi nei documenti di gara iniziali ed il relativo contenuto, con la precisazione delle condizioni che ne determinano l'attivazione.

Nella risoluzione n. 7-00234 si segnala al Governo l'opportunità di stabilire che le clausole di revisione dei prezzi si attivino esclusivamente al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva, non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta, e comunque sulla base di metodi verificabili attraverso dati statistici, includendo anche il costo derivante dal rinnovo dei CCNL nazionali sottoscritti dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Infine, la risoluzione n. 7/00247 rileva nel nuovo Codice un depotenziamento della disciplina della revisione dei prezzi, in quanto ancorata a soglie di alea eccessive. Pertanto, per i contratti di forniture e servizi ad esecuzione periodica o continuativa suggerisce di prevedere, in capo alla stazione appaltante, l'obbligo di avviare un'apposita istruttoria volta a verificare, in contraddittorio, la presenza delle circostanze necessarie (cfr. art. 115 d.lgs. 163/2006), operando la revisione **annualmente** in base agli indici sintetici Istat dei costi di costruzione, dei prezzi al consumo, di quelli alla produzione dell'industria e dei servizi, nonché degli indici delle retribuzioni contrattuali orarie. Viene segnalata, infine, l'opportunità, in via generale, di fissare apposite **percentuali dell'importo complessivo del contratto come soglia** oltre la quale far scattare la revisione dei prezzi.

Al riguardo, si osserva preliminarmente che nell'adeguamento dei prezzi occorre sempre **contemperare due esigenze**: da un lato, la necessità di evitare che, al fine di preservare l'equilibrio contrattuale, le imprese si trovino a lavorare fuori mercato (come si è, purtroppo, riscontrato durante la recente emergenza pandemica) e, dall'altro, l'esigenza di salvaguardare un certo grado di certezza – a tutela della stazione appaltante e della concorrenza – che, una volta affidato un contratto ad un determinato prezzo, ci si atterrà il più possibile all'originario piano finanziario.

Si ritiene, dunque, che, in un eventuale intervento emendativo, non si dovrebbe prestare eccessiva attenzione all'individuazione di soglie oltre le quali prevedere meccanismi di adeguamento. Occorrerebbe anzi mantenere un **minimo di alea, evitando un automatismo totale** che determinerebbe una situazione di instabilità permanente, per il contratto, per la programmazione

---

<sup>5</sup> L'articolo 115 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, stabiliva che "Tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo. La revisione viene operata sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui all'articolo 7, comma 4, lettera c) e comma 5".



della stazione appaltante e per quella dell'impresa, la quale è comunque tenuta a considerare sempre una componente, ancorché minima, di rischio nella formulazione della propria offerta economica.

Piuttosto che focalizzare l'attenzione sulle soglie, sarebbe auspicabile l'individuazione di misure volte a favorire, come si è detto, il bilanciamento tra la conservazione dell'equilibrio contrattuale e l'esigenza di stabilità; esigenza, quest'ultima, che non potrebbe essere soddisfatta ove venissero previsti e applicati molteplici meccanismi di adeguamento automatico.

Venendo all'esame delle specifiche osservazioni formulate nelle quattro risoluzioni, nel condividere molte delle valutazioni ivi espresse, si ritiene corretta, in particolare, la proposta di considerare i CCNL come uno dei fattori di cui tenere conto in sede di revisione dei prezzi, soprattutto perché essi rappresentano un elemento esogeno oggettivo e, insieme, un costo fisso e non comprimibile, legato a scadenze certe.

Per quanto attiene alle vigenti disposizioni in materia, ANAC ha avuto modo di rilevare diversi elementi critici in relazione a quanto disposto dall'articolo 60 del Codice, come rappresentato nell'allegata tabella.

Sussiste, in via generale, la necessità di **chiarire l'ambito applicativo** della disciplina della revisione dei prezzi, con particolare riferimento ai seguenti profili:

- a) se la clausola obbligatoria debba essere inserita **solo nei contratti di durata pluriennale o ad esecuzione periodica;**
- b) **il momento in cui tale clausola può essere attivata** (se a partire dal primo anno oppure solo in fase esecutiva, o anche alla sottoscrizione del contratto, qualora questo avvenga in un momento molto differito rispetto alla procedura di affidamento);
- c) se la stessa si applichi a **tutte le tipologie di contratto e a tutte le componenti del prezzo.**

In relazione a tale ultimo aspetto, ad esempio, per quanto concerne i servizi di ingegneria e architettura, nel caso di ribasso consentito solo sulle spese, andrebbe definito se la clausola di revisione si applichi alle spese medesime.

Si rileva, altresì, che la disposizione dovrebbe richiamare **il CCNL o i contratti equivalenti** che la stazione appaltante intende applicare, e non gli indici delle retribuzioni contrattuali orarie, in quanto potrebbe accadere che un particolare contratto sia interessato da aumenti significativi (come, ad esempio, avvenuto per il CCNL Cooperative) che non verrebbero adeguatamente considerati se il riferimento è l'indice riferito alla totalità dei contratti vigenti a livello nazionale.

Inoltre, sarebbe opportuno specificare in quali termini il rinnovo del CCNL possa essere considerato *"una particolare condizione di natura oggettiva"*, individuando con maggiore specificità il perimetro entro il quale si ritenga giustificabile l'attivazione della clausola di revisione al superamento della soglia di rilevanza.

### ***8) L'esclusione dell'obbligo di qualificazione per i soggetti privati che realizzano opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione (artt. 62 e 63)***

In relazione al sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza, nella risoluzione n. 7/00247 si chiede di integrare gli articoli 62 e 63 del decreto legislativo n. 36/2023



chiarendo maggiormente l'esclusione dei soggetti privati che realizzano opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione (cfr. art. 13, co. 7 e All. I.12) da qualsiasi obbligo connesso alla qualificazione delle stazioni appaltanti, incluso l'obbligo di rivolgersi a stazioni appaltanti qualificate per lo svolgimento delle procedure di gara.

Al riguardo, pur comprendendosi la *ratio* della proposta, evidentemente volta ad evitare che soggetti privati siano gravati da obblighi ordinariamente previsti in capo ad amministrazioni ed enti pubblici, si rappresenta, tuttavia, un'esigenza di prudenza, posto che le opere di urbanizzazione a scomputo sono comunque da intendersi come **opere pubbliche**, finanziate con fondi pubblici e assoggettate alle procedure ad evidenza pubblica (cfr. Comunicato ANAC del 5 giugno 2024).

Ciò premesso, pur senza gravare eccessivamente sui privati, occorre garantire che le opere pubbliche siano sempre eseguite da soggetti in possesso di adeguati requisiti di capacità. A tal fine, è utile che i soggetti privati che realizzano opere di urbanizzazione a scomputo possano avvalersi del **supporto di stazioni appaltanti qualificate sul territorio**, anche nell'ottica di assicurare il corretto svolgimento della procedura e ridurre il rischio di contenzioso.

Infatti, pur evitando generalizzazioni – posto che le opere a scomputo possono essere di tipologie e dimensioni notevolmente diverse –, e pur non rinunciando ad individuare forme di semplificazione, risulta comunque opportuno, anche in relazione a tale fattispecie, almeno per determinate soglie di importo, garantire che chi si trova ad espletare procedure ad evidenza pubblica sulla base del Codice dei contratti possa **avvalersi dell'ausilio di soggetti capaci**. Occorre ragionevolezza nel mettere in rete le competenze, creando le condizioni affinché le migliori professionalità cooperino alla realizzazione dell'interesse pubblico.

### ***9) Gli operatori economici per l'affidamento di servizi di architettura e di ingegneria (art. 66)***

Nella risoluzione n. 7/00229 si chiede di integrare la disposizione di cui all'articolo 66 del decreto legislativo n. 36/2023 al fine di chiarire che, indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto affidatario di servizi di architettura e ingegneria, l'incarico deve essere espletato da professionisti iscritti negli appositi albi, personalmente responsabili e **nominativamente indicati già in sede di presentazione dell'offerta**, con la specificazione delle rispettive qualificazioni professionali e della persona fisica, in possesso di idonei requisiti professionali, incaricata dell'**integrazione** tra le varie prestazioni specialistiche.

La proposta appare condivisibile, anche perché sostanzialmente in linea con quanto previsto nella bozza del **bando-tipo ANAC n. 2/2023** ("Schema di disciplinare di gara – Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi di architettura e ingegneria di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo") – in corso di perfezionamento a seguito di consultazione pubblica – ove viene espressamente precisato che l'operatore economico è tenuto, nei documenti di gara, a:



- a) indicare da quali figure sarà composto il gruppo di lavoro incaricato dell'esecuzione delle prestazioni, e dichiarare il possesso, da parte di tali figure, dei requisiti di idoneità prescritti (tra i quali l'iscrizione negli appositi Albi) e dei relativi specifici titoli di studio/professionali;
- b) indicare *"nominativi e funzioni delle figure professionali incaricate dell'esecuzione delle prestazioni, precisando la natura del rapporto professionale intercorrente con ciascuna figura professionale indicata e tale da garantirne la disponibilità per tutta la durata dell'esecuzione della prestazione"*.

### **10) Cause di esclusione non automatica (art. 95)**

Nella risoluzione n. 7-00234 si evidenzia al Governo l'opportunità di ricomprendere la fattispecie di cui all'articolo 95, comma 1, lettera a) del decreto legislativo n. 36/2023 (**gravi infrazioni alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro, nonché agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro**) nell'ambito delle cause di esclusione automatica, al fine di sottrarle alla valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante.

Si condivide il contenuto della proposta, ritenendo che, effettivamente, le gravi infrazioni alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro, così come agli obblighi in materia ambientale e sociale appaiano maggiormente assimilabili alle cause di esclusione automatica, non solo per ragioni valoriali, ma soprattutto perché molto spesso **le stazioni appaltanti non dispongono degli strumenti** per poter valutare tali elementi ed esercitare una discrezionalità riguardo ad essi.

Pertanto, al fine di evitare il rischio dell'elevato contenzioso che potrebbe scaturire dalla decisione della stazione appaltante in merito alla sussistenza della causa di esclusione in questione, risulterebbe opportuno inserire, come proposto, la fattispecie tra le cause di esclusione automatica previste nel precedente articolo 94.

In materia di cause di esclusione, ANAC ha avuto modo di rilevare anche ulteriori profili di criticità, come rappresentato nell'allegata tabella.

Preme ricordare, in particolare, la questione del **mancato richiamo al titolare effettivo** e la necessità che sia previsto un espresso riferimento agli elementi idonei alla sua individuazione, stante la rilevanza del tema in ottica di prevenzione dei conflitti di interessi. Si sostiene, nello specifico, che gli obblighi dichiarativi sulle cause di esclusione dovrebbero essere previsti anche nelle ipotesi in cui tutti i soggetti richiamati dall'art. 94, comma 3, svolgano le funzioni di rappresentanza, direzione e controllo non formalmente ma di fatto.

ANAC ha altresì segnalato un **difetto di coordinamento** tra le disposizioni di cui agli articoli 94, 95 e 98 del Codice in merito al **decreto penale di condanna non irrevocabile** e ai **provvedimenti di rinvio a giudizio**, che rilevano come causa di esclusione non automatica per i reati di cui all'articolo 94 ma non per i reati di cui all'articolo 98, nonostante il comma 3 dello stesso articolo 98 attribuisca rilevanza ostativa sia ai reati contestati sia a quelli accertati con sentenza definitiva.

Inoltre, con riferimento alla **sentenza di patteggiamento**, espunta come causa di esclusione automatica per i reati di cui all'articolo 94 per conformarsi alle modifiche introdotte dal decreto



legislativo n. 150/2022, c.d. legge Cartabia<sup>6</sup>, senza tuttavia distinguere se siano state previste o meno pene accessorie, è stato evidenziato che la rilevanza ostativa della sentenza di patteggiamento non irrevocabile è stata invece mantenuta per i reati di cui all'articolo 94 (come causa di esclusione non automatica) **anche in assenza della previsione di pene accessorie**, sebbene l'articolo 445, comma 1-bis, c.p.p., preveda che *"se non sono applicate pene accessorie, non producono effetti le disposizioni di leggi diverse da quelle penali che equiparano la sentenza prevista dall'art. 444, comma 2, alla sentenza di condanna"*.

Ne deriverebbe che la sentenza di patteggiamento per uno dei reati di cui all'articolo 94 rileva, di fatto, soltanto quando sia stata applicata la pena accessoria del divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, atteso che, in tal caso, si configura l'autonoma causa ostativa prevista dall'articolo 94, comma 1, lettera h) del d.lgs. 36/2023, che costituisce causa di esclusione automatica.

La questione – già oggetto di specifica richiesta di parere all'Avvocatura Generale dello Stato e altresì di segnalazione alla Cabina di regia, per cui si auspica una soluzione almeno in via interpretativa – è trattata diffusamente nell'allegata tabella, alla quale si rinvia.

### **11) L'illecito professionale (artt. 94, 95 e 98)**

In tema di illecito professionale, nella risoluzione n. 7/00247 si chiede di delimitare maggiormente la figura, con superamento della rilevanza delle misure cautelari e del rinvio a giudizio, attestandosi quantomeno sulla condanna di primo grado, ed applicando tale disciplina anche ai settori speciali, con eliminazione della possibilità per gli enti che operano in tali settori di individuare autonomamente le condotte che costituiscono gravi illeciti professionali.

Anche l'Autorità ha rilevato un'esigenza di maggiore chiarezza sul tema, riscontrando, in particolare, **difficoltà di coordinamento tra gli artt. 94, 95 e 98** del Codice dei contratti, con ricadute anche sulla figura dell'illecito professionale, come si evince dall'elenco delle criticità riportate nell'allegata tabella.

In particolare, la questione investe:

- **l'articolo 94, comma 1**, che individua tra le cause di esclusione automatica la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile per taluni reati ritenuti incidenti sulla moralità professionale;
- **l'articolo 95, comma 1, lettera e)**, che prevede, quale causa non automatica di esclusione da una procedura di gara, la commissione di un illecito professionale tale da rendere dubbia l'integrità o la professionalità del concorrente;
- **l'articolo 98**, che individua in maniera tassativa i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare gli stessi e, in particolare, nel **comma 3**, individua, alla lettera g), la contestata commissione di taluno dei reati di cui al comma 1 dell'articolo 94 e, alla lettera h), la contestata o accertata commissione di altri reati considerati idonei a incidere sulla integrità o sulla moralità dell'operatore economico;

---

<sup>6</sup> Decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, "Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari".



- il **comma 6** del medesimo **articolo 98**, che, nell'individuare i mezzi di prova atti a comprovare la sussistenza delle suindicate cause di esclusione, indica, quale mezzo di prova della contestata commissione dei reati di cui all'articolo 94:
  - 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.

La norma, invece, indica, quali mezzi di prova della contestata o accertata commissione dei reati di cui alla lettera *h*) del comma 3:

- la sentenza di condanna definitiva;
- il decreto penale di condanna irrevocabile;
- la condanna non definitiva;
- i provvedimenti cautelari reali o personali, ove emessi dal giudice penale.

Dalla lettura testuale delle norme sembrerebbe derivare che il decreto penale di condanna non irrevocabile e i provvedimenti di rinvio a giudizio rilevano come causa di esclusione non automatica per i reati di cui all'articolo 94 ma non per i reati di cui all'articolo 98. Ciò, nonostante il comma 3 dello stesso articolo 98, come si è detto, attribuisca rilevanza ostativa sia ai reati contestati che a quelli accertati con sentenza definitiva.

## ***12) I requisiti di ordine speciale (art. 100)***

Nella risoluzione n. 7/00220, si suggerisce di prevedere che per i servizi di ingegneria e architettura il requisito di capacità tecnica e professionale faccia riferimento al **precedente decennio** anziché all'ultimo triennio, onde evitare di escludere da gran parte delle gare molti liberi professionisti, e al fine di bilanciare l'esigenza di selezionare i professionisti sulla base di esperienza maturata in tempi prossimi alla procedura di affidamento con la necessità di concedere agli stessi la possibilità di dimostrare la propria capacità di adeguarsi nel tempo all'innovazione tecnologica e agli obiettivi di resilienza e sostenibilità ambientale.

Analogo appare il contenuto della risoluzione n. 7/00229, ove si evidenzia l'opportunità di prevedere che per i servizi di ingegneria e architettura il requisito di capacità tecnica e professionale non faccia riferimento a limiti temporali e che il requisito economico-finanziario possa essere dimostrato anche mediante il **possesso di comprovata copertura assicurativa contro i rischi professionali**, come



previsto nell'Allegato XVII al previgente d.lgs. 50/2016<sup>7</sup>. Ciò nell'ottica di garantire un'apertura del mercato alle piccole e medie strutture professionali ed assicurare un livello adeguato di concorrenza.

Sul punto, giova richiamare alcuni indirizzi forniti dall'Autorità in relazione al precedente quadro normativo, i quali vanno nel senso delle proposte sopra riportate, la cui *ratio* è senz'altro condivisibile, in quanto volta all'apertura del mercato.

In particolare, le **Linee Guida ANAC n. 1**, di attuazione del d.lgs. n. 50/2016, recanti "*Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria*", lasciavano alla stazione appaltante la possibilità di scelta dei requisiti economico-finanziari e di quelli di capacità tecnico-professionale fra quelli indicati dalle stesse Linee Guida e individuavano negli **ultimi 10 anni** il periodo cui fare riferimento per la dimostrazione della sussistenza dei requisiti speciali di partecipazione (pagg. 12 e 14).

Nel **bando-tipo ANAC n. 3** (Disciplinare di gara per l'affidamento con procedura aperta di servizi di architettura e ingegneria di importo pari o superiore ad € 100.000 con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo), al paragrafo 7.2, si prevedeva la dimostrazione dei requisiti di capacità economico-finanziaria in via alternativa tramite:

- a) l'indicazione del fatturato globale relativo ai migliori tre degli ultimi cinque esercizi disponibili antecedenti la data di pubblicazione del bando;
- b) l'esibizione di una polizza assicurativa contro i rischi professionali per un massimale non superiore al 50% del costo di costruzione dell'opera da progettare.

Per la dimostrazione della sussistenza dei requisiti di capacità tecnica e professionale era invece alternativamente previsto:

- a) un elenco di servizi di ingegneria e di architettura espletati negli ultimi dieci anni antecedenti la data di pubblicazione del bando e relativi a lavori di ognuna delle categorie interessate;
- b) servizi "di punta" di ingegneria e architettura eseguiti negli ultimi dieci anni antecedenti la data di pubblicazione del bando;
- c) possesso di determinati titoli di studio e/o professionali da parte del prestatore di servizio e/o dei componenti del gruppo di lavoro;
- d) numero medio annuo di personale tecnico utilizzato negli ultimi tre anni (cfr. da pag. 20 a pag. 23 delle Linee Guida ANAC n. 1).

### **13) La Direzione dei lavori (art. 114)**

Con la risoluzione n. 7/00220 si segnala al Governo, tra l'altro, la necessità di **valorizzare il ruolo di garante dell'esecuzione dei lavori in capo al Direttore dei lavori**, ritenendo che compete a tale figura

---

<sup>7</sup> L'Allegato XVII al d.lgs. 50/2016 prevedeva, per i requisiti di tipo economico-finanziario, la possibilità di sostituire al fatturato il possesso di comprovata copertura assicurativa contro i rischi professionali, mentre, per i requisiti di capacità tecnico-professionale, consentiva di prendere «in considerazione la prova relativa a forniture o a servizi forniti o effettuati più di tre anni prima».



garantire che le proposte tecniche migliorative presentate dall'appaltatore in sede di gara, se accolte dalla stazione appaltante, siano recepite integralmente nel contratto ed attuate in fase di esecuzione.

Analoga posizione emerge anche dalla risoluzione n. 7-00229, ove, inoltre, si rileva l'esigenza di **definire con chiarezza i "confini" delle migliorie** che possono essere proposte in sede di gara.

In generale, si plaude alla proposta di **valorizzare il ruolo del Direttore dei lavori**, rilevando che vi sarebbe un margine, forse, anche per un'ulteriore valorizzazione della figura del **Responsabile unico del progetto (RUP)**, misurandone la professionalità sulla base dell'esperienza e della capacità di concludere le procedure in tempo utile, come ANAC ha iniziato a fare attraverso i dati della BDNCP. Ciò, al fine di rafforzare gli scambi di buone pratiche, introdurre incentivi premiali, far crescere orgoglio e spirito di appartenenza e, nello stesso tempo, promuovere le reti e le associazioni dei RUP, con la prospettiva di dare vita ad un vero e proprio mercato di competenze cui le stazioni appaltanti possano attingere, specie per i contratti di maggiore importanza e complessità.

Per quanto attiene, invece, ai limiti entro i quali circoscrivere le proposte migliorative dell'appaltatore che costituiscono parte dell'offerta tecnica presentata in gara, si condivide la necessità di mantenere ferma la **distinzione tra migliorie, varianti e opere aggiuntive** e si rinvia, al riguardo, ad uno specifico parere di precontenzioso dell'Autorità (n. 211 del 27 aprile 2022), dal quale si evince che le proposte migliorative devono consistere in soluzioni tecniche che, senza incidere sulla struttura, sulla funzione e sulla tipologia del progetto a base di gara, investano singole lavorazioni o singoli aspetti tecnici dell'opera, lasciati aperti a diverse soluzioni, configurandosi come integrazioni, precisazioni e migliorie che rendano il progetto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste.

Diversamente, le varianti sono vere e proprie modifiche del progetto, la cui ammissibilità è rimessa alla stazione appaltante. Per opera aggiuntiva, infine, si deve intendere un intervento che modifichi in senso quantitativo e/o qualitativo l'identità strutturale e/o funzionale dell'opera oggetto dell'appalto, con il risultato di falsare il confronto concorrenziale; mentre non sono opere aggiuntive gli interventi che, benché non contemplati nel progetto a base di gara, sono ad esso sinergici e ne rappresentano un'implementazione sotto il profilo della migliore rispondenza alle esigenze della stazione appaltante.

#### ***14) Le tempistiche del collaudo e della verifica di conformità (art. 116)***

Nella risoluzione n. 7/00220 si propone di **ridurre da sei a quattro mesi** i termini del collaudo finale o di ogni altra verifica prevista, quanto meno per le opere che non siano di rilevante importanza, al fine di consentire la sollecita liquidazione di quanto dovuto all'appaltatore, nonché lo svincolo della cauzione definitiva.

Pur comprendendosi la *ratio* della proposta, si ritiene, tuttavia, che occorra prudenza sul tema. Il collaudo (o la verifica di conformità) costituisce un momento molto delicato, che richiede, sovente, elevate competenze tecniche e mezzi notevoli, di cui molte stazioni appaltanti risultano sprovviste. In tale contesto, un'eventuale compressione dei tempi del collaudo e della verifica di conformità potrebbe dare luogo a rischi rilevanti, anche in ordine alla corretta esecuzione delle opere e delle prestazioni contrattuali.



Si suggerisce, invece, di lavorare per realizzare **un'accelerazione dei tempi di pagamento alle imprese**, atteso che i ritardi nei pagamenti da parte delle pubbliche amministrazioni, nonostante i significativi progressi registrati negli ultimi anni, continuano a rappresentare un elemento di forte criticità. Al tempo stesso, si auspicano interventi volti a favorire l'accesso delle piccole e medie imprese al mercato dei contratti pubblici.

### ***15) Le garanzie definitive negli Accordi quadro (art. 117)***

In tema di garanzie, nelle risoluzioni nn. 7/00220 e 7/00229 si chiede di **sopprimere la previsione della garanzia del 2 per cento a carico degli operatori economici aggiudicatari nelle procedure aventi ad oggetto Accordi quadro** e di rivalutare la congruità generale di tutte le forme di cauzione o fideiussione a "garanzia definitiva" in capo all'appaltatore aggiudicatario dell'Accordo quadro, onde evitare un'immobilizzazione di risorse eccessivamente gravosa per lo stesso.

**La proposta appare ragionevole**, in considerazione della circostanza che dalla semplice aggiudicazione dell'Accordo quadro non deriva all'aggiudicatario alcuna certezza sui futuri ordinativi (contratti applicativi) né tanto meno in ordine al fatto che venga poi effettivamente attivato, nell'arco temporale di durata dello stesso, l'importo complessivo aggiudicato.

Si esprime, dunque, sostanziale condivisione riguardo l'eventuale eliminazione della garanzia del 2 per cento a carico degli operatori economici aggiudicatari di procedure aventi ad oggetto Accordi quadro, **purché resti ferma la previsione della garanzia pari al 10 per cento dell'importo contrattuale per i contratti attuativi a valle definiti**.

### ***16) Il subappalto a cascata (art. 119)***

Nelle risoluzioni in esame vengono rilevate criticità, inoltre, in relazione al c.d. subappalto a cascata, il cui utilizzo non sembrerebbe adeguatamente regolamentato, con il conseguente rischio di un uso improprio dell'istituto.

Nella risoluzione n. 7-00234 viene altresì evidenziata la necessità di dare soluzione alle difficoltà applicative derivanti dall'ampia discrezionalità che residua in capo alla stazione appaltante nell'individuazione delle prestazioni escluse, e si chiede, da un lato, di introdurre limiti al subappalto e, dall'altro, di prevedere maggiori controlli da parte della stazione appaltante sui subappaltatori sia in fase di autorizzazione sia in corso di esecuzione.

Sul tema del subappalto, occorre premettere, preliminarmente, che sussistono dei **vincoli normativi a livello europeo** dai quali non si può prescindere, fermo restando l'auspicio che le competenti istituzioni italiane agiscano nelle sedi opportune, nell'ambito del ciclo di revisione delle Direttive, per sollecitare interventi volti ad arginare alcuni eccessi, sia in relazione all'istituto in esame sia per altri profili della normativa in materia di appalti che appaiono ugualmente critici (si menziona, a titolo esemplificativo, l'istituto dell'avvalimento).

È tuttavia possibile agire anche a livello di normativa nazionale, rafforzando i contro-limiti già presenti nell'ordinamento.



Sebbene le risoluzioni convergano nell'evidenziare numerose problematiche connesse al subappalto a cascata e benché le valutazioni espresse risultino in larga parte condivisibili, si ritiene che **residui, comunque, un margine per assicurare una corretta applicazione dell'istituto nel rispetto dei vincoli imposti dalla giurisprudenza euro-unitaria**, intervenendo sia sulla **motivazione** sia sui **controlli**, che devono necessariamente essere rafforzati quando si scende al di sotto del secondo livello.

Si può prevedere, ad esempio, che oltre il secondo livello le prestazioni non possano essere subappaltate senza espressa autorizzazione da parte della stazione appaltante e che il subappalto non si intenda autorizzato fino al completamento di tutte le necessarie verifiche e alla registrazione dei relativi dati nella BDNCP.

Appare fondamentale, inoltre, l'accentuazione della **responsabilità solidale**, in modo che l'impresa che si trova a capo della filiera si assuma la responsabilità piena dei soggetti che intervengono ai livelli inferiori e della loro condotta.

Spesso, poi, il ricorso al subappalto a cascata è conseguente ad una **cattiva progettazione** da parte della stazione appaltante. Molti subappalti, infatti, potrebbero essere evitati se gli appalti fossero opportunamente suddivisi in lotti e correttamente dimensionati. Ciò si lega, inevitabilmente, al tema della qualificazione delle stazioni appaltanti e della doverosa valorizzazione della capacità e competenza all'interno delle stesse.

Occorre, dunque, fare leva su una pluralità di elementi per garantire un utilizzo appropriato del subappalto, circoscritto alle sole ipotesi in cui esso sia effettivamente necessario e pienamente giustificato, o, quantomeno, per limitarne le disfunzioni, evitando che tale istituto – come il più delle volte accade – avvantaggi solo le imprese che si trovano in cima alla catena degli appalti e penalizzi, invece, i lavoratori e gli imprenditori che intervengono nei livelli sottostanti e, spesso, anche la stessa stazione appaltante.

### ***17) La modifica del contratto in corso di esecuzione: il c.d. "quinto d'obbligo" (art. 120, co. 9)***

In materia di modifiche del contratto in corso di esecuzione, un istituto oggetto di specifiche proposte emendative è il c.d. "quinto d'obbligo", per il quale nella risoluzione n. 7/00220 si rileva la **necessità di un coordinamento con le disposizioni del Codice civile**, con particolare riferimento all'art. 1664 c.c. (revisione dei prezzi in caso di onerosità o difficoltà dell'esecuzione) e all'art. 1464 c.c. (riduzione della controprestazione in caso di impossibilità parziale della prestazione), al fine di contemperare l'esigenza di una corretta e flessibile gestione dell'appalto con l'esigenza di evitare danni economici alle imprese.

Diversamente, nella risoluzione n. 7-00234 si evidenzia che, in applicazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, sarebbe opportuno **circostanziare i casi nei quali consentire il ricorso al "quinto d'obbligo"**, escludendo espressamente la possibilità di utilizzo di tale istituto per rimediare a errori originari compiuti dalla stazione appaltante, ovvero per eludere gli obblighi discendenti dal rispetto delle procedure ad evidenza pubblica attraverso un artificioso frazionamento del contenuto delle prestazioni.



Sebbene il quinto d'obbligo sia un istituto tipicamente italiano, non presente nelle Direttive europee, si ritiene che, per la sua oggettiva utilità, sia opportuno mantenerlo, come viene evidenziato anche nella Relazione illustrativa al Codice.

Ciò che si considera essenziale – conformandosi, in questo, a quanto indicato nella stessa Relazione illustrativa – è che il quinto d'obbligo sia **previsto sin nei documenti di gara iniziali**, per rendere la previsione compatibile con le fattispecie di modifica consentite dalla Direttiva. Sulla base di tale indicazione, nel **bando-tipo ANAC n. 1/2023** ("Schema di disciplinare di gara – Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari di importo superiore alle soglie europee con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo") la fattispecie è stata considerata come esemplificazione delle ipotesi di cui al comma 1, lettera a) dell'articolo 120<sup>8</sup> ed inserita nel calcolo del valore complessivo dell'appalto (cfr. pag. 13).

Al tempo stesso, la previsione del quinto d'obbligo nei documenti di gara iniziali consente agli operatori economici di acquisire fin da subito piena consapevolezza dell'eventualità di una variazione delle prestazioni, in corso di esecuzione, fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto e, conseguentemente, di calcolare e addebitare tale alea nella formulazione dell'offerta.

Diversamente, ove si optasse per l'eliminazione dell'istituto, pur potendosi ottenere, forse, dei risparmi globali, si rischierebbe, tuttavia, di arrecare rilevanti criticità alle stazioni appaltanti, per le quali è oggettivamente difficile prevedere ogni eventualità già in fase di predisposizione degli atti di gara. Si pensi, per esempio, in ambito sanitario, ai contratti aventi ad oggetto la fornitura di farmaci, per i quali è possibile indicare il *trend* storico di utilizzo, ma non prevedere le quantità che saranno effettivamente consumate, atteso che queste dipenderanno, necessariamente, da quante persone contrarranno una determinata malattia.

In conclusione, si è dell'avviso che, a prescindere da qualsiasi valutazione in merito alle ragioni che possono determinare l'attivazione del quinto d'obbligo da parte della stazione appaltante (errori di stima originari, eventi oggettivamente imprevedibili o altro), sia necessario assicurare, in ogni caso, che la possibilità di utilizzo dell'istituto venga indicata chiaramente nei documenti di gara iniziali, come è stato precisato nella Relazione illustrativa al Codice e come è riportato nel bando-tipo ANAC n. 1/2023. In quest'ottica, potrebbe senz'altro essere utile **specificare normativamente un obbligo in tal senso** attraverso un apposito intervento emendativo.

### ***18) L'anticipazione del prezzo nei settori speciali (art. 141)***

La risoluzione n. 7/00247 segnala al Governo, tra l'altro, l'opportunità di ripristinare l'applicazione **obbligatoria** dell'istituto dell'**anticipazione del prezzo contrattuale** anche ai contratti nei **settori speciali**.

Nel **decreto legislativo n. 50/2016**, l'**articolo 35, comma 18** – che disciplinava l'obbligo di anticipazione del 20 per cento del prezzo da corrispondere all'appaltatore entro quindici giorni

---

<sup>8</sup> Modifiche che, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste in clausole chiare, precise e inequivocabili dei documenti di gara iniziali e che possono consistere anche in clausole di opzione.



dall'effettivo inizio della prestazione – rientrava tra le disposizioni applicabili anche ai settori speciali in quanto richiamate dall'articolo 114.

Nella **delibera n. 325 del 13 luglio 2022**, l'ANAC aveva confermato l'applicabilità della norma *"ai contratti di lavori, servizi e forniture, sopra e sotto soglia, nei settori ordinari e nei settori speciali"*.

Nel nuovo sistema normativo la disciplina dell'anticipazione del prezzo è stata spostata nella parte del Codice dedicata all'esecuzione del contratto, precisamente nell'articolo 125, comma 1, che non è tra gli articoli richiamati dall'articolo 141, comma 3, come applicabili ai settori speciali. Ne consegue che tale istituto non è più applicabile in questi settori.

In precedenti pronunce, l'Autorità ha sottolineato la **portata generale dell'obbligo di anticipazione del prezzo**, *"che risponde alla ratio che sorregge il principio di anticipazione delle somme erogate dall'amministrazione al fine di dare impulso all'iniziativa imprenditoriale, assicurando la disponibilità delle stesse nella delicata fase di avvio dei lavori e di perseguire il pubblico interesse alla corretta e tempestiva esecuzione del contratto"* (Parere di precontenzioso n. 1050/2018; nello stesso senso anche delibera n. 247/2021). In tali precedenti l'argomentazione era stata utilizzata per sostenere l'applicazione dell'obbligo ai contratti sottosoglia.

Alla luce delle considerazioni svolte, **si condivide la proposta formulata** nella risoluzione n. 7/00247, sia perché si ritiene che l'obbligo di anticipazione del prezzo possa costituire una regola opportuna per tutti i contratti pubblici, come evidenziato dalla stessa Autorità nelle richiamate pronunce, sia perché appare utile **riconducere i settori speciali, per quanto possibile, alle norme ordinarie del Codice**.

Al fine di assicurare l'applicazione dell'obbligo di anticipazione del prezzo anche ai contratti nei settori speciali, si potrebbe, eventualmente, valutare l'opportunità dell'inserimento nell'articolo 141, comma 3, lettera i) del richiamo all'articolo 125, comma 1.

### **19) Il collegio consultivo tecnico (art. 215)**

Nella risoluzione n. 7/00247 si chiede, tra l'altro, di definire un regime dei **compensi dei collegi consultivi tecnici**, prevedendo **tariffe e costi massimi adeguati e ragionevoli**; ciò, anche per i collegi già costituiti ed operanti alla data di entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Al riguardo, si osserva che, come è importante guardare con interesse all'istituto del collegio consultivo tecnico, appare altrettanto fondamentale calmierarne i compensi.

Il Governo e la Cabina di regia stanno già lavorando in tal senso, essendosi constatato che le retribuzioni, in alcuni casi, risultano davvero ingiustificate.

Occorrerebbe anche chiedersi se l'utilizzo dell'istituto sia realmente necessario per tutte le tipologie di appalti, posto che in alcune ipotesi (si pensi, a titolo esemplificativo, alle forniture standardizzate) il ruolo del collegio consultivo tecnico risulta oggettivamente ridotto.

In tale contesto, l'Autorità ha avviato anche un'analisi dei costi indiretti dell'istituto, il quale spesso comporta per la collettività un onere che va ben oltre quello dei compensi corrisposti. Si considerino tutte quelle ipotesi nelle quali il collegio consultivo tecnico riconosce all'appaltatore onerose varianti che incrementano notevolmente i costi delle opere e dei contratti pubblici. A tal proposito, occorre



evitare che si presentino, con riferimento al collegio consultivo tecnico, criticità analoghe a quelle riscontrate in passato in relazione all'arbitrato.

## **20) Ulteriori profili critici da valutare in sede di correttivo al Codice**

Come premesso, si è dell'avviso che le osservazioni formulate nelle risoluzioni in esame, pur condivisibili sotto molteplici aspetti, non esauriscano il quadro delle problematiche poste dall'attuale disciplina dei contratti pubblici, alcune delle quali segnalate anche dagli *stakeholder* nel primo anno di efficacia del nuovo Codice.

Nel seguito, pertanto, si procederà ad una rapida rassegna delle ulteriori questioni meritevoli di approfondimento rilevate dall'Autorità, rinviando per i dettagli all'allegata tabella.

### **20.1) Il conflitto di interessi (art. 16)**

Una delle questioni più critiche è rappresentata dalla disciplina del conflitto di interessi nel settore dei contratti pubblici.

L'Autorità ha più volte segnalato che l'articolo 16 del decreto legislativo n. 36/2023 introduce una disciplina del conflitto di interessi che riduce ampiamente lo spazio applicativo previsto nella previgente disciplina (art. 42, d.lgs. n. 50/2016) e che depotenzia fortemente l'istituto, anche in ragione della gravosità dell'onere probatorio posto a carico di chi invoca il conflitto.

Infatti, il primo comma dell'articolo 16, rispetto alla previgente disciplina – per la quale il conflitto di interessi poteva riguardare il personale di un'amministrazione aggiudicatrice che *"interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione [...] o può influenzare il risultato di tale procedura"* avente, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che *"può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza"* – **inserisce l'ulteriore condizione che il suddetto soggetto intervenga "con compiti funzionali"**, restringendo di conseguenza l'ambito applicativo del conflitto di interesse in relazione ai contratti pubblici – campo particolarmente soggetto a rischi di corruzione – anche rispetto a quanto avviene nei procedimenti amministrativi ordinari (cfr. articolo 6-*bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241 e articoli 6 e 7 del d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62).

Il secondo comma dell'articolo 16 introduce, come sopra accennato, una sorta di **"inversione dell'onere della prova"** che non ha precedenti a livello europeo, stabilendo, in ossequio al *"principio della fiducia e per preservare la funzionalità dell'azione amministrativa"*, che *"la percepita minaccia all'imparzialità e indipendenza deve essere provata da chi invoca il conflitto sulla base di presupposti specifici e documentati e deve riferirsi a interessi effettivi, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro"*.

Per effetto di tale disposizione, appare particolarmente gravoso soddisfare l'onere probatorio posto a carico di chi invoca il conflitto. Inoltre, il principio di imparzialità è degradato da interesse generale della collettività a interesse specifico dell'impresa controinteressata.



La possibilità che la norma suddetta contrasti con il diritto euro-unitario emerge chiaramente dalla sentenza della Corte di Giustizia del 12 marzo 2015, causa C538/13, la quale, nel ribadire che l'amministrazione aggiudicatrice è responsabile della procedura di gara anche nel caso in cui nomini una commissione di esperti, assegna alla sua specifica ed esclusiva competenza la verifica dell'esistenza di eventuali conflitti di interesse tra questi ultimi e le imprese concorrenti. Per la Corte, non si può chiedere al ricorrente in giudizio «*di provare concretamente la parzialità del comportamento degli esperti*». Di conseguenza, se sussistono elementi oggettivi che mettono in dubbio l'imparzialità di un ausiliario dell'amministrazione aggiudicatrice, spetta poi a quest'ultima ogni ulteriore verifica sul punto, anche in funzione dell'eventuale prova contraria da fornire in sede processuale.

In considerazione delle criticità sopra rappresentate, l'Autorità ha proposto **l'abrogazione del citato comma 2** dell'articolo 16 (cfr. All. 1).

### ***20.2) Il Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico (artt. 24 co. 3, 99 e 222 co. 13)***

La seconda criticità che si ritiene di dover evidenziare si lega al tema della digitalizzazione e attiene, nello specifico, all'esigenza di un potenziamento dello strumento del Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico (FVOE).

Come è noto, il FVOE, espressamente previsto e disciplinato dall'articolo 24 del decreto legislativo n. 36/20023, è una sezione della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (BDNCP), costituita presso l'ANAC, dove vengono raccolti i documenti comprovanti il possesso dei requisiti di ordine generale e dei requisiti speciali economico-finanziari e tecnico-organizzativi da parte degli operatori economici che partecipano alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Esso consente alle stazioni appaltanti di acquisire, grazie all'interconnessione con altre banche dati pubbliche, i documenti comprovanti l'effettivo possesso di detti requisiti da parte degli operatori economici e permette agli stessi operatori economici di inserire a sistema i documenti la cui produzione è a loro carico.

In merito al funzionamento del FVOE, nei primi mesi di efficacia dell'ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale, sono state registrate dall'Autorità numerose segnalazioni di stazioni appaltanti riguardo **ritardi e mancati riscontri da parte degli enti certificanti** rispetto alle richieste di verifica dei requisiti di partecipazione. Numerosi enti certificanti muovono obiezioni in ordine alla **mancata individuazione di ANAC tra i soggetti legittimati ad accedere alle proprie banche dati** secondo quanto previsto nei regolamenti che istituiscono o disciplinano il funzionamento delle stesse. Molti enti, infatti, non riconoscono prevalenza al Codice come fonte sovraordinata rispetto ai citati regolamenti.

Tale criticità richiede la rapida individuazione di soluzioni adeguate, in assenza delle quali si pone il rischio concreto di un **blocco delle procedure di gara**, sia di quelle finanziate con fondi PNRR sia delle ulteriori acquisizioni.

Inoltre, in conseguenza del mancato riscontro da parte degli enti certificanti, si verificano **comportamenti disomogenei da parte delle stazioni appaltanti**: alcune applicano il meccanismo del **silenzio-assenso** decorsi 30 giorni dalla richiesta, disponendo l'aggiudicazione sotto condizione



risolutiva per il caso di sopravvenuto accertamento della carenza del requisito, mentre altre non procedono all'aggiudicazione in attesa dell'esito delle verifiche, sebbene le tempistiche previste dal Codice non consentano di rinviare l'aggiudicazione in attesa del ricevimento di riscontri.

Al riguardo, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha affermato che, alla luce della previsione di cui all'articolo 17, comma 5 del Codice, è possibile procedere all'aggiudicazione solo dopo la verifica del possesso dei requisiti (parere n. 2075/2023). L'Autorità (pareri nn. 57 e 57-*bis* del 15 novembre 2023) ha confermato tale ricostruzione del MIT, ferme restando le ipotesi eccezionali in cui è consentito di dare esecuzione al contratto in presenza di determinate ragioni d'urgenza (All. I.3, art. 1, co. 5; art. 17, cc. 8 e 9).

Oltre a quanto sopra riportato, deve evidenziarsi anche un ulteriore elemento che, allo stato attuale, potrebbe agire come fattore di depotenziamento del FVOE. Ci si riferisce, in particolare, alla previsione di cui all'articolo 99 del Codice, la quale, contemplando la possibilità di acquisizione dei documenti a comprova dei requisiti di partecipazione, alternativamente, mediante interoperabilità con la piattaforma e con le banche dati delle pubbliche amministrazioni, sembrerebbe presupporre la **sopravvivenza di un canale parallelo di verifica**. Tale previsione rischia di **compromettere l'onboarding degli enti certificanti sulla Piattaforma Digitale Nazionale Dati (PDND)**, mentre per gli enti non tenuti ad accedere a detta piattaforma la delibera ANAC n. 262/2023 già chiarisce che l'interscambio dei dati avviene con il FVOE sulla base di apposite convenzioni bilaterali.

Alla luce di quanto rappresentato, ANAC ha proposto al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e alla Cabina di regia i seguenti interventi correttivi:

- emendamento all'**articolo 24, comma 3**, in modo da prevedere che gli enti certificanti assicurino la disponibilità di informazioni e certificazioni digitali **anche in assenza di disposizioni in tal senso nei provvedimenti normativi o regolamentari che disciplinano le singole banche dati**, i quali, in ogni caso, devono intendersi automaticamente integrati dalla previsione del Codice;
- emendamento all'**articolo 99**, in modo da **prevedere il FVOE quale unica modalità di verifica dei requisiti**;
- emendamento all'**articolo 222, comma 13**, in modo da prevedere un **potere sanzionatorio di ANAC nei confronti degli enti certificanti** che rifiutano o omettono senza giustificato motivo di riscontrare le richieste di verifica dei requisiti di partecipazione provenienti dalle stazioni appaltanti o dagli enti concedenti in relazione ai dati e alle informazioni non disponibili nel FVOE.

### ***20.3) Il principio di rotazione degli affidamenti (art. 49)***

Ulteriori criticità si rilevano in relazione al principio di rotazione degli affidamenti di cui all'articolo 49 del decreto legislativo n. 36/2023, come si è in più occasioni segnalato; tema correlato a quello delle soglie per gli affidamenti diretti e le procedure negoziate senza bando, di cui si è detto.



Nel quadro generale di innalzamento delle soglie per gli affidamenti diretti e le procedure negoziate, le inefficienze derivanti dall'assenza di un confronto concorrenziale possono verificarsi all'interno di un perimetro molto più ampio.

Sarebbe necessario, pertanto, introdurre un rafforzamento del principio di rotazione, da un lato, prevedendo l'applicazione dello stesso anche agli **operatori economici invitati e non affidatari** e, dall'altro, estendendo il criterio della rotazione degli inviti, **oltre che degli affidamenti diretti, anche a tutte le tipologie di contratti sottosoglia.**

Inoltre, la norma prevede, al comma 3, che la stazione appaltante può ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico. In tal caso il divieto di affidamento o aggiudicazione si applica con riferimento a ciascuna fascia. Al riguardo, la criticità deriva dal consentire, in tal modo, una **facile elusione del principio di rotazione**, atteso che la stazione appaltante potrebbe prevedere un numero elevato di fasce in modo da far ricadere il nuovo contratto in una fascia diversa dal precedente. Sarebbe opportuna, quindi, **un'integrazione che disponga espressamente il divieto di determinazione artificiosa dell'importo dell'affidamento al fine di eludere il rispetto del principio di rotazione.**

Un'ulteriore misura correttiva idonea a controbilanciare il più ampio ricorso all'affidamento diretto potrebbe essere costituita dall'espressa previsione normativa dell'obbligo, in capo alla stazione appaltante, di **dare conto, nella decisione di contrarre** – oggetto di pubblicazione – delle **ragioni di scelta dell'affidatario e di eventuali comparazioni di prezzi effettuate**, tenuto conto anche dell'ausilio che in tal senso è fornito alle amministrazioni dalle piattaforme telematiche di acquisto, che consentono di svolgere comparazioni di prezzi senza alcun aggravio al procedimento.

#### ***20.4) La qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza (artt. 62 e 63)***

Devono essere segnalate, poi, alcune problematiche in relazione agli articoli 62 e 63 del decreto legislativo n. 36/2023, concernenti la qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza.

Come si è anticipato, detto sistema di qualificazione costituisce, insieme con la digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici, una delle più rilevanti novità del nuovo quadro normativo, particolarmente significativa in quanto consente di valorizzare la professionalità e le competenze all'interno delle pubbliche amministrazioni e assicura che possano svolgere procedure di acquisto, specie quelle di importo più elevato e connotate da maggiore complessità, soltanto i soggetti realmente attrezzati, permettendo comunque agli altri di avvalersi di stazioni appaltanti e centrali di committenza qualificate per il soddisfacimento dei propri fabbisogni acquisitivi.

Stante la rilevanza del tema, numerose sono le osservazioni che ANAC ha recentemente sottoposto, al riguardo, al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e alla Cabina di regia (cfr. anche All. 1), delle quali si riassume di seguito il contenuto.



La disciplina in materia di centralizzazione delle committenze contenuta nell'articolo 62 del decreto legislativo n. 36/2023 ha recepito molte delle precedenti osservazioni di ANAC, ad eccezione dell'importo di qualificazione per i lavori e dell'aggiornamento dei requisiti per l'iscrizione nell'elenco dei soggetti aggregatori.

Con particolare riferimento all'importo di qualificazione per i lavori, si ritiene che, in analogia con quanto avviene per i servizi e le forniture, **anche per i lavori sia necessaria la qualificazione per affidamenti di importo superiore a quello previsto per l'affidamento diretto** (euro 150.000).

Sotto un diverso profilo, è stata altresì segnalata l'esigenza di chiarire:

- quali siano le **soglie di qualificazione per gli affidamenti delle concessioni e dei PPP**;
- quale sia il **perimetro applicativo delle previsioni di cui all'articolo 62, comma 6, lettere c) e d)**, che consentono alle stazioni appaltanti non qualificate di ricorrere autonomamente a strumenti di negoziazione (per acquisizioni sottosoglia) e/o a strumenti di acquisto;
- che cosa accadrà **al termine del periodo transitorio**, posto che l'Allegato II.4 indica solo, a grandi linee, quali sono gli elementi su cui si baserà la qualificazione a partire dal 1° gennaio 2025 e allo stato attuale non esiste alcuna stazione appaltante che presti servizi di esecuzione in nome e per conto di altri<sup>9</sup>.

Con specifico riferimento alla **qualificazione delle stazioni appaltanti per la fase di affidamento**, si è rilevato che il meccanismo di qualificazione previsto dal Legislatore in relazione alle gare che possono essere valorizzate ai fini dell'attribuzione del punteggio rende il sistema **sostanzialmente chiuso**. Ciò, in quanto le stazioni appaltanti non qualificate potranno svolgere solo gare di valore inferiore alle soglie di cui all'articolo 62, comma 1, del Codice; gare che, però, **non saranno considerate dal sistema ai fini dell'attribuzione del punteggio** in sede di successiva presentazione dell'istanza di qualificazione. Si è pertanto suggerito un intervento normativo che consenta di **valorizzare anche le gare di valore inferiore agli importi di cui all'articolo 62, comma 1**, tenendo conto, ad esempio, per i lavori, delle procedure di importo superiore ad euro 150.000, per i servizi e le forniture delle procedure di importo superiore ad euro 40.000, individuato dal previgente Codice quale soglia massima per gli affidamenti diretti. Si consideri, infatti, che le gare valorizzate sono, e saranno per diversi anni, quelle relative ad un periodo in cui vigeva il decreto legislativo n. 50/2016.

### ***20.5) La reputazione dell'impresa (artt. 108 e 109)***

Alcune criticità si rilevano anche con riferimento al sistema digitale di monitoraggio delle prestazioni delle imprese, di cui all'articolo 109 del decreto legislativo n. 36/2023.

Detto articolo ripropone, semplificandolo, il contenuto dell'articolo 83, comma 10, del decreto legislativo n. 50/2016, rimasto di fatto inapplicato.

---

<sup>9</sup> Al riguardo, ANAC ha inviato una segnalazione alla Cabina di regia il 20 marzo 2024 e, in seguito ad essa, si è aperto un tavolo tecnico MIT/Enti locali/Unità tecnica di missione PNRR.



L' Autorità, anche in ragione del suo diretto coinvolgimento nell'attuazione della norma, ha posto da tempo particolare attenzione su tale strumento, attualmente concepito come un sistema di monitoraggio delle prestazioni, quale elemento del FVOE, fondato su:

- a) requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili;
- b) accertamenti definitivi, che esprimano l'affidabilità dell'impresa in fase esecutiva, nonché il rispetto della legalità e degli obiettivi di sostenibilità e responsabilità sociale.

È stata, pertanto, evidenziata la necessità di coordinare la disposizione di cui all'articolo 109 con il contenuto della disposizione di cui all'articolo 108, comma 4, al fine di attribuire una funzione certa al *rating* reputazionale. Si rilevano, infatti, delle intersezioni tra i criteri utilizzati per la valutazione dell'offerta tecnica – individuati nell'art. 108 – e i criteri da valutare per l'attribuzione del *rating*, che si traduce in un elemento di premialità riferito sempre all'offerta. Sarebbe, quindi, opportuno evitare la doppia valutazione dei requisiti.

Una possibile soluzione potrebbe essere quella di considerare il *rating* come indice sintetico degli elementi da considerare nella valutazione dell'offerta. Lo stesso opererebbe come una sorta di pre-qualifica che agevolerebbe le stazioni appaltanti nell'attribuzione del punteggio in sede di gara. Ne deriverebbero benefici in termini di standardizzazione, semplificazione, parità di trattamento, fatta salva, in ogni caso, la discrezionalità della stazione appaltante nell'individuazione dei pesi da attribuire al possesso del *rating*.

Un intervento sul punto potrebbe favorire l'accettazione dello strumento da parte degli operatori economici che finora lo hanno avversato, agevolando la costruzione del sistema da parte di ANAC.

### **20.6) La finanza di progetto (art. 193)**

Si ritiene opportuno, inoltre, richiamare le osservazioni che l'Autorità ha recentemente formulato in merito all'istituto della finanza di progetto (cfr. All. 1).

L'esperienza ha evidenziato che nel *project financing* per l'affidamento di servizi pubblici solitamente non pervengono altre offerte oltre alla proposta del promotore, in quanto **la previsione di un diritto di prelazione a favore di quest'ultimo costituisce un fattore dissuasivo**, producendo già di per sé, quindi, un effetto anticoncorrenziale (cfr. Comunicato del Presidente ANAC del 12 gennaio 2022).

Nell'ottica del superamento di tale criticità, si è proposto di **introdurre il divieto di esercizio del diritto di prelazione nell'ipotesi in cui l'offerta tecnica predisposta dall'aggiudicatario riporti un punteggio di molto superiore** (ad esempio, di oltre dieci punti) **rispetto a quello conseguito dal promotore**, garantendo comunque a quest'ultimo la rifusione delle spese sostenute per l'elaborazione della proposta progettuale.

In secondo luogo, si è rilevato che il *project financing*, così come disciplinato dalla norma attuale, rischia, in alcuni casi, di **riconoscere una posizione di vantaggio all'operatore uscente**, il quale, essendo favorito dalla circostanza di conoscere già il servizio oggetto della concessione, potrebbe presentare una proposta finalizzata alla conferma della precedente offerta, con la conseguenza che gli altri operatori economici si vedrebbero di fatto penalizzati e lo stesso ente concedente risulterebbe



privato della possibilità di trarre beneficio dalla concorrenzialità del mercato. Pertanto, al fine di bilanciare la posizione del concessionario uscente e del promotore di una nuova procedura, secondo una logica di totale apertura del mercato alla concorrenza, il Legislatore potrebbe valutare un correttivo che preveda un **generale divieto di individuare il concessionario uscente come affidatario, in qualità di promotore, di una nuova procedura di project financing**.

Si è suggerito, inoltre, di prevedere il **divieto di finanza di progetto su una concessione esistente**, a meno che non si modifichi sensibilmente l'oggetto della concessione; ciò al fine di evitare il protrarsi nel tempo dell'affidamento al medesimo concessionario.

Si è proposto, infine, di **reinserire al comma 2 l'espressa previsione della perentorietà del termine per la presentazione della proposta**, in linea con quanto previsto nell'articolo 183, comma 5, del decreto legislativo n. 50/2016, con un evidente intento acceleratorio per l'ente concedente. La giurisprudenza, in tali casi, riconosceva la tutela al privato a fronte dell'inerzia dell'ente concedente, mediante lo strumento del **silenzio inadempimento** (cfr. C.d.S. 603/2019). Sebbene la valutazione delle proposte si collochi in una fase antecedente la gara, ancorché procedimentalizzata (ex l. 24/1/90), l'introduzione del carattere perentorio pare essere **coerente con i principi di risultato e fiducia e con i termini massimi** delle procedure di gara fissati dall'Allegato I.3 del Codice.

### **20.7) L'equo compenso**

Giova rammentare, infine, che ANAC ha segnalato in diverse circostanze l'esigenza di chiarire se alle procedure di gara si applichi la normativa sull'equo compenso di cui alla **legge n. 49/2023**<sup>10</sup> e di provvedere, conseguentemente, ad un coordinamento della disciplina di cui alla citata legge con le norme del decreto legislativo n. 36/2023.

Occorre chiarire, in particolare, se attraverso la legge n. 49/2023 il Legislatore abbia inteso reintrodurre dei **parametri professionali minimi** e, in caso positivo, quale possa essere il **ribasso massimo** che conduce a ritenere il compenso equo nell'ambito delle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e di architettura.

Tale esigenza appare urgente, in considerazione delle rilevanti incertezze applicative manifestatesi e degli opposti indirizzi formati nella giurisprudenza.

L'Autorità ha già segnalato la questione alla Cabina di Regia, al Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei ministri e, per conoscenza, al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

Fermo restando che compete al Governo e al Parlamento dirimere la questione, anche per le sue indubbe implicazioni politiche, ANAC si è limitata ad indicare i prevedibili **oneri legati al riconoscimento automatico dell'equo compenso** e a rappresentare l'esigenza che si individui il giusto equilibrio fra la **doverosa valorizzazione della progettazione**, attraverso la corresponsione di compensi adeguati, e la necessaria apertura del mercato.

---

<sup>10</sup> Legge 21 aprile 2023, n. 49, "Disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali".



Per realizzare tale bilanciamento, occorre che il compenso sia equo, ma che tale equità non si risolva nell'applicazione di tariffe fisse.

Infatti, se, da un lato, si condivide pienamente l'intento di garantire l'**equità del compenso** – elemento essenziale per l'effettiva valorizzazione di una funzione –, evitando ribassi eccessivi nelle procedure di gara per l'affidamento di servizi professionali, dall'altro, risulta indispensabile assicurare comunque, anche nell'ottica della conformità ai principi euro-unitari, una qualche forma di **competizione**, in assenza della quale si rischia di favorire i soggetti più forti e strutturati e di penalizzare le piccole realtà e i professionisti più giovani, impedendo loro di accedere al mercato.

Criticità e segnalazioni in materia di contratti pubblici

SEZIONE I  
MODIFICHE SOSTANZIALI

	Riferimento normativo	Oggetto	Criticità
1	Art. 7 Principio di auto organizzazione amministrativa	Maggiore trasparenza degli affidamenti diretti a favore delle società <i>in house</i> ; positiva l'esperienza dell'elenco, non riproposto dal legislatore. Vedi anche commenti svolti in relazione ad articolo 23 del Codice dei contratti	ANAC segnala l'opportunità di richiamare per tutti i contratti in house, la disciplina prevista dal legislatore in sede di riordino dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, all'art.17, comma 2, del d.lgs. n.201/2022, in cui si prevede, l'obbligo di motivazione "qualificata" e "anticipata", che deve essere contenuta nella deliberazione di affidamento <i>in house</i> del servizio, la cui pubblicazione deve precedere di almeno 60 giorni la stipula del contratto.
2	Art. 10, comma 2 Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione	Coordinamento tra il principio di tassatività delle cause di esclusione definite dal Codice e l'esistenza di norme extra vaganti contenenti obblighi, adempimenti e condizioni aventi portata parimenti escludente	L'art. 10, comma 2, nel prevedere la tassatività delle cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 del Codice e la nullità delle clausole che prevedano ulteriori cause di esclusione, ha posto il problema della sorte di quelle cause di esclusione contenute in testi normativi diversi dal Codice in relazione alle quali non può porsi in dubbio la relativa sopravvivenza Il riferimento è, in particolare, alle cause di esclusione relative alla mancata iscrizione nelle white list, alla violazione della normativa in tema di <i>pantouflage</i> , alla mancata accettazione dei patti/protocolli di legalità, alla mancata presentazione della copia dell'ultimo rapporto periodico sulla situazione del personale maschile e femminile nel caso di appalti riservati ex art. 61 del Codice o di gare finanziate con fondi PNRR, alle previsioni contenute nell'articolo 29, comma 19, del decreto-legge 2 marzo 2024, n. 19 recante ulteriori disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) conv. con legge /24 che prevede l'esclusione dalle gare per 6 mesi in caso di presenza in cantiere con un punteggio della Patente a punti inferiore a 15.
3	Art. 15, comma 6, Responsabile unico del progetto	Criticità in merito agli affidamenti diretti da parte del RUP di incarichi	La disposizione di cui al comma 6 dell'art. 15 prevede che "Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono istituire una struttura di supporto al RUP, e possono destinare risorse finanziarie non superiori all'1 per cento dell'importo posto a base di gara per l'affidamento diretto da parte del RUP di incarichi di assistenza al medesimo". La disposizione in esame non tiene conto del fatto che l'applicazione della percentuale dell'1% a basi d'asta molto elevate può generare importi superiori alle soglie entro cui ai sensi dell'art. 50 del Codice sono consentiti affidamenti diretti di servizi. La correzione della norma potrebbe avvenire semplicemente espungendo l'aggettivo "diretto" e sostituendolo con l'inciso "nel rispetto del Codice,".
3	<b>PROPOSTA EMENDATIVA</b> Art. 15 (Responsabile unico del progetto (RUP)) [...] Comma 6: "Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono istituire una struttura di supporto al RUP, e possono destinare risorse finanziarie non superiori all'1 per cento dell'importo posto a base di gara per l'affidamento <del>diretto</del> , nel rispetto del Codice, da parte del RUP di incarichi di assistenza al medesimo." [...]		
4	Art. 16 Conflitto di interessi	Criticità emerse in relazione al forte depotenziamento dell'istituto del conflitto di interessi.	ANAC ha più volte segnalato che l'articolo 16 ("Conflitto di interessi") introduce una disciplina dal contenuto molto generico che sembra ridurre ampiamente lo spazio applicativo dell'art. 42 del d.lgs. 50/2016, oltre ad introdurre un onere probatorio particolarmente gravoso a carico di chi invoca il conflitto. Si richiede, pertanto, l'abrogazione del comma 2.
5	Art. 17	Applicabilità dell'istituto del silenzio-assenso alla	L'Autorità ha ricevuto numerose segnalazioni di ritardi e mancati riscontri da parte degli enti certificanti rispetto alle richieste di verifica dei requisiti di partecipazione riferiti a dati e informazioni non accessibili attraverso il FVOE. Per tali fattispecie occorre procedere alla verifica direttamente presso gli enti emittenti (cfr. delibera ANAC n.262/2023). È stato rappresentato che le tempistiche di aggiudicazione previste dal Codice non consentono di rinviare l'aggiudicazione in attesa del ricevimento di riscontri.

	Fasi delle procedure di affidamento, comma 5	verifica dei requisiti di partecipazione alle procedure di evidenza pubblica	Si sono verificati comportamenti disomogenei da parte delle stazioni appaltanti: 1) Applicazione del meccanismo del silenzio -assenso, decorsi 30 gg dalla richiesta – le SA aggiudicano/stipulano apponendo una condizione risolutiva per il caso di sopravvenuto accertamento della carenza del requisito; 2) Non procedono all'aggiudicazione in attesa dell'esito delle verifiche. Il MIT con parere n. 2075/2023 ha affermato che alla luce della previsione di cui all'articolo 17, comma 5, è possibile procedere alla aggiudicazione solo dopo la verifica del possesso dei requisiti. ANAC con pareri nn. 57 e 57 bis del 15 novembre 2023 ha confermato la ricostruzione del MIT ricordando altresì le ipotesi eccezionali in cui è consentito alla stazione appaltante di dare esecuzione al contratto in presenza di determinate ragioni di urgenza. (All. 1.3 articolo 1, comma 5 e articolo 17, comma 8 e comma 9). Tuttavia, si ravvisa la necessità di addivenire a un equo contemperamento tra le due opposte esigenze del rispetto delle tempistiche previste dal codice per l'affidamento (principio del risultato) e dell'aggiudicazione solo previa verifica positiva dei requisiti. A tal fine, nelle more della piena attuazione delle disposizioni sul FVOE, sarebbe opportuna una modifica normativa che consenta, come avviene già per l'informativa antimafia e per gli appalti PNRR, di procedere all'aggiudicazione decorsi 30 gg dalla richiesta.
6	Art. 41 Livelli e contenuti della progettazione	Categorie di opere scorporabili	Si reputa necessario inserire la chiara distinzione tra categoria prevalente e categoria scorporabile richiamando gli articoli 00-bis e 00-ter del d.lgs. 50/2016, con il rinvio all'art. 31 dell'Allegato I.7 dove al comma 1 si cita la "definizione dei gruppi di categorie omogenee".  Ciò riveste notevole rilevanza, oltre che per il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, anche nella fase di progettazione, durante la quale devono essere individuate tutte le categorie di lavori da inserire nel bando gara, rappresentando una maggiore garanzia di qualità dell'opera.  È necessario affrontare anche il tema delle SIOS, richiamate dall'articolo 104, comma 11 e dal comma 7 dell'Allegato II.12, ma non individuate. In sostanza, occorrerebbe riproporre il contenuto del dm infrastrutture 248/2016 che, nella relazione illustrativa all'articolo 119 è indicato come ancora vigente. In particolare, occorre individuare, nell'ambito delle categorie della TABELLA A dell'Allegato II.12, quelle per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica. Occorre, inoltre, coordinare tali norme con le disposizioni del codice che introducono limitazioni all'avvalimento e al subappalto per le lavorazioni di notevole contenuto tecnologico o di notevole complessità tecnica.
7	Art. 41, comma 12, livelli e contenuti della progettazione	Le criticità relative ai criteri minimi della progettazione negli appalti di servizi e forniture. Questione a carattere generale che riguarda tutti gli appalti di servizi e forniture.	Il codice conferma la scelta legislativa introdotta dal d.lgs. n. 163/2006 e ribadita dal d.lgs. 50/2016 (art. 23 comma 14) di prevedere che la progettazione dei servizi e delle forniture sia predisposta sempre dalla stazione appaltante e sia articolata su un unico livello. Rispetto all'art. 23 comma 14 del d.lgs. 50/2016, l'articolazione del progetto in un unico livello appare obbligatoria (non più "di regola"). Relativamente ai contenuti minimi del progetto per gli appalti di servizi e forniture, l'art. 41 comma 12 opera un mero rinvio all'Allegato I.7 in cui, tuttavia, non si rinviene disposizioni specifiche sui contenuti dei progetti per gli appalti di servizi e forniture. L'allegato andrebbe quindi integrato indicando separatamente e dettagliatamente i contenuti specifici del progetto per gli appalti di servizi e forniture per fornire indicazioni operative omogenee volte al miglioramento della qualità della progettazione.
8	Art. 41, comma 15, Livelli e contenuti della progettazione e Allegato I.13	Applicazione alle procedure di gara della normativa sull' <b>equo compenso</b> ; coordinamento della disciplina legislativa dell'equo compenso di cui alla legge 21 aprile 2023, n. 49 con il decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36.	Si evidenzia la necessità di <b>chiarire se attraverso la legge n. 49 del 2023 il legislatore abbia reintrodotta dei parametri professionali minimi</b> e, in caso positivo, quale possa essere il ribasso massimo che conduce a ritenere il compenso equo nell'ambito delle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e di architettura. L'Autorità ha già segnalato la questione alla Cabina di Regia, al Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei Ministri e, per conoscenza, al Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti.
9	Art. 44 Appalto integrato	Formulazione generica in merito alla motivazione del ricorso all'appalto integrato	La norma prevede che le stazioni appaltanti o gli enti concedenti, se qualificati, possono stabilire che il contratto – con la sola esclusione degli appalti per l'esecuzione di opere di manutenzione ordinaria – abbia per oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori sulla base di un progetto di fattibilità tecnico-economica precedentemente approvato. Il nuovo Codice prevede, dunque, un'applicazione generalizzata dell'istituto dell'appalto integrato, con l'unica esclusione, dei contratti aventi ad oggetto attività di manutenzione ordinaria, per i quali, peraltro, la componente progettuale è fisiologicamente assente o, comunque, molto ridotta. Al riguardo, l'Autorità ha evidenziato le possibili criticità connesse al rischio che l'appaltatore, nella redazione del progetto esecutivo, persegua l'obiettivo della massimizzazione del proprio utile piuttosto che quello dell'ottimizzazione dell'opera (maggiorazione dei costi in corso d'opera, mediante il ricorso a onerose varianti o a soluzioni progettuali fuori mercato). Per le ragioni sopra esposte, ANAC ha proposto una integrazione dell'articolo 44 volta a <b>circoscrivere l'ambito applicativo dell'appalto integrato ad ipotesi predeterminate</b> , introducendo eventualmente limitazioni in funzione della tipologia di opera da realizzare o del valore economico dei lavori.
10	Art. 49 Principio di rotazione degli affidamenti	Necessità di estendere la rotazione anche ai soggetti già precedentemente invitati seppure non aggiudicatari	L'innalzamento delle soglie per gli affidamenti diretti comporta inefficienze dovute all'assenza di un confronto concorrenziale. Per compensare tale ampliamento, occorrerebbe prevedere il <b>rafforzamento del principio di rotazione</b> di cui all'articolo 49 del Codice. La norma attuale non dispone, per i contratti di appalto di valore inferiore alle soglie europee, l'applicazione della rotazione nei confronti degli operatori economici invitati e non affidatari del precedente contratto, laddove, invece, la rotazione degli inviti è espressamente prevista dall'articolo 187 del Codice medesimo per le concessioni di importo inferiore alle soglie europee. Si potrebbe quindi estendere il <b>principio di rotazione degli inviti, oltre che degli affidamenti, a tutte le tipologie di contratti sottosoglia</b> . Inoltre, ove la norma prevede, al comma 3 dello stesso articolo 49, che <i>"la stazione appaltante può ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico. In tale caso il divieto di affidamento o di aggiudicazione si applica con riferimento a ciascuna fascia"</i> , atteso che la stazione appaltante potrebbe prevedere un numero elevato di fasce in modo da far ricadere il nuovo contratto in una fascia diversa dal precedente, sarebbe opportuna un'integrazione che disponga espressamente il divieto di determinazione artificiosa dell'importo dell'affidamento al fine di eludere il rispetto del principio di rotazione. Un'ulteriore misura correttiva idonea a controbilanciare il più ampio ricorso all'affidamento diretto potrebbe essere costituita dall'espressa previsione normativa dell'obbligo, in capo alla stazione appaltante, di dare conto, nella decisione di contrarre oggetto di pubblicazione, delle <b>ragioni della scelta dell'affidatario e di eventuali comparazioni di prezzi effettuate</b> , tenuto conto anche dell'ausilio che in tal senso è fornito alle amministrazioni dalle piattaforme telematiche di acquisto, che consentono di svolgere comparazioni di prezzi senza alcun aggravio al procedimento.
10	<b>PROPOSTA EMENDATIVA</b> <i>"Articolo 49. Principio di rotazione degli affidamenti."</i> [...] <p>2. In applicazione del principio di rotazione è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto <b>all'operatore economico invitato e non aggiudicatario del precedente affidamento e al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi.</b></p> <p>3. La stazione appaltante può ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico, <b>da individuare in apposito regolamento. In tale caso il divieto di affidamento o di aggiudicazione si applica con riferimento a ciascuna fascia, fatto salvo quanto previsto dai commi 4, 5 e 6, è vietata la determinazione artificiosa dell'importo dell'affidamento per farlo ricadere in una differente fascia.</b></p>		

	<p>4. In casi motivati con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché, <b>con riguardo al contraente uscente, in presenza di accurata esecuzione del precedente contratto, l'operatore economico invitato e non aggiudicatario del precedente affidamento e il contraente uscente possono essere reinvitati o essere individuati quale affidatario diretti.</b>"</p> <p><b>In ogni caso, l'applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, mediante ricorso ad arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce; ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto; alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici.</b></p>		
11	Art. 50 Procedure sotto soglia	Soglie individuate per l'affidamento diretto	<p>Necessità di ridurre le soglie per l'affidamento diretto al fine di stimolare il confronto competitivo anche nell'ottica del perseguimento del principio del risultato.</p> <p>Le soglie elevate potevano giustificarsi in un momento di particolare urgenza, per accelerare l'avvio degli affidamenti. In un periodo di normalità, una soglia elevata riduce il confronto concorrenziale tra le imprese, riduce il grado di trasparenza, rischia di escludere dal mercato le piccole e medie imprese non conosciute dalle stazioni appaltanti, favorisce comportamenti elusivi da parte delle stazioni appaltanti che potrebbero essere indotte a frazionare gli importi a base di gara per evitare il confronto concorrenziale.</p>
12	Art. 59 Accordi quadro	Necessità di meglio definire l'ambito di applicazione dell'istituto	<p>ANAC rileva che la disciplina degli accordi quadro, prevista dagli articoli 59 e 154, ripropone, rispettivamente nei settori ordinari e nei settori speciali, la previgente formulazione di cui all'articolo 54 del d.lgs.18 aprile 2016, n. 50.</p> <p>L'unica differenza si rileva nel termine di durata dell'accordo quadro, previsto ora, sia per i settori ordinari, che per i settori speciali, come non superiore a 4 anni (in precedenza il termine era di 8 anni per i settori speciali).</p> <p>Al riguardo, considerate le numerose criticità rilevate in sede di vigilanza sull'applicazione dei contratti quadro - sia per nuove opere che per appalti di servizi di natura intellettuale e servizi tecnici di progettazione – ANAC ha segnalato che <b>sarebbe utile circoscrivere i limiti di applicazione dell'istituto</b>, chiarendo che le prestazioni oggetto di tali lavori e servizi devono essere riconducibili ad elementi standardizzabili e ripetibili, per i quali le stazioni appaltanti non possono predeterminare con certezza il se, il quando e il quantum delle prestazioni.</p> <p>Si è proposto, infine, di introdurre al comma 5, un'ulteriore lettera al fine di consentire alle stazioni appaltanti, nell'ambito degli accordi quadro effettuati su un elenco di prestazioni con prezzi unitari, di individuare l'operatore economico tra quelli ammessi all'accordo quadro sulla base del prezzo più basso in relazione alle specifiche prestazioni richieste.</p>
12	<p><b>PROPOSTA EMENDATIVA</b>  <i>"Articolo 59 (Accordi quadro.)</i>  1. <i>Le stazioni appaltanti possono concludere accordi quadro per prestazioni aventi ad oggetto elementi standardizzabili e ripetibili di durata non superiore a quattro anni, salvo casi eccezionali debitamente motivati, in particolare con riferimento all'oggetto dell'accordo quadro.</i>  [...].  5. <i>Gli eventuali confronti competitivi di cui al comma 4 si basano sulle stesse condizioni applicate all'aggiudicazione dell'accordo quadro, se necessario precisandole, e su altre condizioni indicate nei documenti di gara per l'accordo quadro, secondo la seguente procedura:</i>  <b>e) nel caso di accordo quadro con più operatori economici scelti sulla base di un elenco prezzi di singole prestazioni, l'operatore economico è individuato, in relazione alla specifica prestazione richiesta, comparando le diverse offerte e scegliendo la più conveniente dal punto di vista economico".</b></p>		
13	Articoli 11, comma 2, 57 comma 1, art. 61, art. 102, art. 104, art. 110, art. 113	Clausole sociali	<p>Il tema delle clausole sociali è trattato dal codice in numerosi articoli, non in coerenza tra loro. Si registra la sovrapposizione di istituti e la sovrabbondanza di tutele che potrebbe condurre ad un effetto contrario rispetto a quello voluto (mancata o ridotta applicazione per difficoltà operative pratiche). Andrebbe quindi fatto ordine in modo da attribuire a ciascun obiettivo la corrispondente tutela, in un ambito oggettivo e soggettivo adeguato.</p>
13	<p><b>PROPOSTE EMENDATIVE SULLE CLAUSOLE SOCIALI E SULLA PARITÀ DI GENERE</b></p> <p><b>Articolo 11, comma 2,</b>  Art. 11. <i>(Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti)</i></p> <p>1. <i>Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.</i></p> <p>2. <i>Nei bandi e negli inviti le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione, in conformità al comma 1.</i></p> <p>La disposizione di cui all'articolo 11, comma 2 deve essere coordinata con l'articolo 57 (Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale), soprattutto con riferimento ai contratti aventi ad oggetto servizi di natura intellettuale e forniture senza manodopera, eventualmente rinviando all'allegato II.3, o ad altro provvedimento di carattere generale, per la definizione dei casi dubbi.</p> <p><b>Articolo 57, comma 1,</b>  Si propone la seguente formulazione dell'articolo 57 (Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale)</p> <p><i>"Per gli affidamenti dei contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione le stazioni appaltanti e gli enti concedenti inseriscono nei bandi di gara, specifiche clausole sociali con le quali sono indicati, come requisiti necessari dell'offerta, criteri orientati tra l'altro a:</i></p> <p>a) <i>garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato;</i>  b) <i>garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore secondo quanto indicato all'articolo 11.</i>  c) <i>promuovere meccanismi e strumenti, anche di premialità, per realizzare le pari opportunità generazionali e di genere, tenuto conto della tipologia e del settore di intervento.</i>  [...]</p> <p><i>In sede di prima applicazione del codice, l'allegato II.3 prevede meccanismi e strumenti premiali per realizzare le pari opportunità generazionali e di genere."</i></p> <p>Tale formulazione è aderente alla legge delega e consente di:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- prevedere la presenza obbligatoria delle clausole sociali volte a garantire la stabilità occupazionale in ogni caso e, non come ora, subordinatamente alla valutazione della tipologia di intervento e del settore di riferimento. Dette clausole devono essere sempre presenti.</li> <li>- eliminare il riferimento alla tutela dei soggetti svantaggiati. Detta tutela deve essere demandata all'articolo 61 in modo da poter essere realizzata nell'ambito del terzo settore (laboratori protetti) garantendo la tutela e l'adeguato accompagnamento dei beneficiari che sono soggetti in situazione di svantaggio.</li> </ul> <p>La legge delega prevede che obbligatoriamente siano introdotte clausole volte a promuovere meccanismi e strumenti, anche di premialità, per realizzare le pari opportunità. Quindi il codice dovrà prevedere l'obbligo di inserire, nei bandi di gara, alternativamente, requisiti di partecipazione o requisiti premiali connotati da tale finalità. L'allegato II.3 dovrebbe attuare tali previsioni in modo da scongiurare l'introduzione di oneri eccessivi che rischiano di funzionare da barriera all'accesso o di essere sistematicamente disapplicati ricorrendo al meccanismo di deroga. In primo luogo, non dovrebbe prevedere come misura obbligatoria la riserva di assunzione del 30% (che non è richiesta dalla legge delega ma era prevista, solo per il PNRR, dall'articolo 47 del decreto-legge n. 77/2021 e quindi è stata indebitamente estesa dal richiamato allegato, introducendo una misura eccessiva).</p>		

	<p>Ad esempio, potrebbe prevedere come possibile requisito di accesso la sola presentazione del Rapporto sullo stato del personale maschile e femminile e come possibile requisito premiale la certificazione rosa o le altre condizioni illustrate nelle clausole tipo del decreto ministeriale. La stazione appaltante, poi, a seconda del settore di intervento potrà scegliere quale meccanismo ritiene più idoneo approntare per realizzare le pari opportunità.</p> <p>Andrebbe chiarito che le previsioni dell'articolo 57 non si applicano ai servizi di ingegneria e architettura, in quanto servizi di natura intellettuale.</p> <p><b>Art. 61</b> L'articolo 61 andrebbe dedicato alla sola tutela dei soggetti svantaggiati, eliminando il comma 2 e riformulando il comma 4 con eliminazione del riferimento all'allegato II.3 e mantenimento dell'individuazione dei soggetti svantaggiati.</p> <p><b>Art. 102</b> La lettera c) dovrebbe essere sdoppiata in due previsioni: c) garantire le pari opportunità generazionali (in tutti i contratti, con le modalità di cui sopra); d) nei contratti di cui all'articolo 61, garantire l'inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate (solo nei contratti riservati).</p>		
14	Art. 62 Aggregazioni e centralizzazione delle committenze	Criticità in merito alla soglia per la qualificazione delle stazioni appaltanti (comma 1) e per la qualificazione per i PPP	<p>La disciplina in materia di centralizzazione delle committenze contenuta all'articolo 62 ha recepito molte delle precedenti osservazioni di ANAC, ad eccezione dell'importo di qualificazione per i lavori e dell'aggiornamento dei requisiti per l'iscrizione nell'elenco dei soggetti aggregatori.</p> <p>ANAC ritiene che le stazioni appaltanti debbano essere qualificate e professionalizzate per qualsiasi soglia di importo, ciò anche in considerazione della numerosità degli affidamenti di importo contenuto. In analogia con quanto avviene per i servizi e le forniture, si ritiene che anche per i lavori sia necessaria la qualificazione per l'affidamento di lavori di importo superiore a quello per l'affidamento diretto (150.000 euro).</p> <p>Sotto un diverso profilo appare necessario chiarire quali siano le soglie di qualificazione per gli affidamenti delle concessioni e dei PPP e di risolvere ulteriori dubbi interpretativi. Si fa riferimento in particolare a:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) in merito al dubbio circa l'applicabilità o meno alle concessioni delle soglie di cui all'art. 62, comma 1, sembra chiarito che si applichi anche alle concessioni;</li> <li>2) la norma sta creando confusione con riferimento alla previsione di cui all'art. 62, comma 18, del codice e all'art. 3, comma 5, e art. 5, comma 5, dell'allegato ii.4.</li> <li>3) in particolare, le ultime due disposizioni prevedono che per i contratti di concessione e di PPP "di qualsiasi importo" le stazioni appaltanti devono possedere almeno una qualificazione di secondo livello. la confusione nasce dalla difficoltà di comprendere se la dizione "di qualsiasi importo" si riferisca a un qualsiasi importo in senso assoluto ovvero a un qualsiasi importo che sia però superiore alle due soglie di cui all'art. 62, comma 1, del codice.</li> <li>4) analoga questione si pone con riferimento alla previsione di cui all'art. 62, comma 6, lettere c) e d), che consentono alle stazioni appaltanti non qualificate di ricorrere autonomamente a strumenti di negoziazione (per acquisizioni sottosoglia europea) e/o a strumenti di acquisto.</li> </ol> <p>Sulla qualificazione per i PPP in fase di programmazione ed esecuzione si propende per una interpretazione sistematica delle norme del codice e dell'allegato ii.4 che, anche sulla base del fondamentale principio del risultato, consenta in questa prima fase di implementazione del sistema di qualificazione, di procedere con la programmazione e l'esecuzione anche dei PPP da parte di soggetti non qualificati.</p> <p>Si suggerisce inoltre una modifica dell'art. 62, comma 6 lett. c) richiamando non le soglie europee ma quelle di qualificazione. Altresì si suggerisce di specificare all'art. 5, comma 5 dell'allegato ii.4 che gli affidamenti di PPP per i quali si richiede la qualificazione sono quelli superiori alle soglie di qualificazione di cui all'art. 62, comma 1</p>
15	Art. 67, comma 7 e comma 8 Consorti non necessari	Necessità di prevedere che l'attestazione SOA del Consorzio stabile riporti l'indicazione della quota parte di requisiti maturati in proprio dal Consorzio.	<p><b>Nella delibera n. 558 del 29 novembre 2023</b>, l'Autorità ha interpretato l'art. 67, comma 7, del Codice nel senso che, quando il Consorzio stabile rivesta il ruolo di impresa ausiliaria, i requisiti che possono essere oggetto di avvalimento sono solo quelli maturati dal Consorzio in forza dell'esecuzione in proprio di precedenti lavori.</p> <p>Occorre dare, tuttavia, atto che l'attestazione SOA rilasciata al Consorzio stabile, ai sensi del comma 8 dell'art. 67 e di quanto previsto dall'art. 32 dell'allegato II.12. non riporta il dato relativo alla quota parte di requisiti maturati in proprio dal Consorzio. Considerato che non può essere demandato alle Stazioni appaltanti il compito di verificare che il requisito prestato dal Consorzio sia stato da questi maturato in proprio, si propone di prevedere che all'interno dell'attestazione SOA del Consorzio stabile sia precisata la quota parte degli eventuali requisiti maturati in proprio.</p>
16	Art. 94 Cause di esclusione automatica	Mancato richiamo al titolare effettivo e necessità di prevedere un riferimento espresso ai dati necessari ai fini della sua individuazione.	<p>ANAC ha più volte avuto modo di rilevare la questione della corretta individuazione del c.d. "titolare effettivo" nelle procedure di appalto, chiedendo l'introduzione di uno specifico obbligo dichiarativo del titolare effettivo delle società che partecipano a tali procedure.</p> <p>A tal fine, alla lettera h) del comma terzo dell'articolo 94 dello schema di codice, risulterebbe opportuno sostituire il riferimento all'amministratore di fatto, che non ha una precisa connotazione giuridica, con quello al titolare effettivo per il quale esiste una specifica normativa cui si può attingere.</p> <p>In tal modo, le cause di esclusione in questione opererebbero nei confronti dei soggetti elencati nel comma terzo, sia nel caso in cui siano formalmente incaricati delle relative funzioni (di rappresentanza, direzione e controllo), sia nell'ipotesi in cui le svolgano di fatto.</p> <p>Il richiamo all'articolo 94 comma 3, lett. h) del Codice, che, in assenza di una precisa definizione, fa sorgere dubbi di carattere interpretativo nell'individuazione della ipotesi oltre che su una eventuale riconducibilità alla stessa della figura del titolare effettivo, si ripercuote anche sull'art. 98 che disciplina l'illecito professionale grave, laddove al comma 3, lett. h), si stabilisce che: "L'illecito professionale si può desumere al verificarsi di 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: (...)."</p>
17	<p><b>PROPOSTA EMENDATIVA</b> "Articolo 91. Domande, documento di gara unico europeo, offerte. 2. La domanda di partecipazione contiene gli elementi di identificazione del concorrente, <b>anche ai fini dell'individuazione della titolarità effettiva del concorrente diverso dalla persona fisica</b>, e l'indicazione [...]. <b>2-bis. ANAC è legittimata ad accedere al registro dei titolari effettivi ai fini dell'individuazione della titolarità effettiva del concorrente diverso dalla persona fisica.</b>"</p>		
18	Art. 99 Verifica del possesso dei requisiti	Necessità di individuare il FVOE come unico strumento di verifica dei requisiti	<p>La modifica è volta a superare il disallineamento dell'articolo 99 con l'articolo 23. Tale ultima norma, infatti, prevede, quale unica modalità di verifica dei requisiti di partecipazione e di esecuzione, l'interoperabilità tra le banche dati esistenti e la piattaforma digitale nazionale dati, con l'intermediazione del fascicolo virtuale dell'operatore economico. L'articolo 99, invece, facendo riferimento alla possibilità di acquisizione dei documenti a comprova dei requisiti di partecipazione, alternativamente, mediante interoperabilità con la piattaforma e con le banche dati delle pubbliche amministrazioni, sembra prevedere la sopravvivenza di un canale parallelo di verifica. Tale previsione rischia di compromettere l'on-boarding degli enti certificanti sulla piattaforma nazionale. Per gli enti non tenuti ad accedere a detta piattaforma, il provvedimento dell'ANAC n. 262/2023 chiarisce che l'interscambio dei dati avviene con il fascicolo virtuale, sulla base di apposite convenzioni bilaterali.</p>
18	<p><b>PROPOSTA EMENDATIVA</b> <b>Art. 99</b> 1. La stazione appaltante verifica l'assenza di cause di esclusione automatiche di cui all'articolo 94 attraverso la consultazione del fascicolo virtuale dell'operatore economico di cui all'articolo 24, <del>la consultazione degli altri documenti allegati dall'operatore economico, nonché tramite l'interoperabilità con la piattaforma digitale nazionale dati di cui all'articolo 50 ter del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 e con le banche dati delle pubbliche amministrazioni.</del></p> <p>2. La stazione appaltante, con le medesime modalità di cui al comma 1, verifica l'assenza delle cause di esclusione non automatica di cui all'articolo 95, e il possesso dei requisiti di partecipazione di cui agli articoli 100 e 103.</p> <p>3. Agli operatori economici non possono essere richiesti documenti che comprovano il possesso dei requisiti di partecipazione o altra documentazione utile ai fini dell'aggiudicazione, se questi sono presenti nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, <del>sono già in possesso della stazione appaltante, per effetto di una precedente aggiudicazione o conclusione di un accordo quadro, ovvero possono essere acquisiti tramite interoperabilità con la piattaforma digitale nazionale dati di cui all'articolo 50 ter del codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005 e con le banche dati delle pubbliche amministrazioni.</del></p>		
19	Art. 100 Requisiti di ordine speciale	Criticità sistema di qualificazione SOA	<p><b>Proposte emendative all'Art. 100</b></p> <p>Comma 6 Si ritiene opportuno ripristinare la definizione dell'attività di attestazione esercitata degli Organismi di attestazione, con evidenziazione della natura pubblicistica dell'attività, così come era previsto nel d.lgs. 163/2006 e nel d.lgs. 50/2016.</p>

	<p>e sistema di qualificazione All. II.12 Sistema di qualificazione e requisiti per gli esecutori di lavori. Requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e architettura</p>		<p><b>L'attività di attestazione è esercitata nel rispetto del principio di indipendenza di giudizio, garantendo l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori. Le SOA nell'esercizio dell'attività di attestazione per gli esecutori di lavori pubblici svolgono funzioni di natura pubblicistica, anche agli effetti dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20. In caso di false attestazioni dalle stesse rilasciate si applicano gli articoli 476 e 479 del Codice penale. Prima del rilascio delle attestazioni, le SOA verificano tutti i requisiti dell'impresa richiedente.</b></p> <p>Comma 12-13 Si propone di ripristinare la previsione contenuta nel d.lgs. 163/2006 secondo cui <b>“Le SOA hanno l'obbligo di comunicare all'Autorità l'avvio del procedimento di accertamento del possesso dei requisiti nei confronti delle imprese nonché il relativo esito”. Le SOA hanno l'obbligo “di dichiarare la decadenza dell'attestazione” di qualificazione qualora accertino che la stessa sia stata rilasciata in carenza dei requisiti prescritti dal regolamento, ovvero che sia venuto meno il possesso dei predetti requisiti; in caso di inadempienza l'Autorità procede “a dichiarare la decadenza dell'autorizzazione alla SOA” all'esercizio dell'attività di attestazione.”</b> Ciò in quanto in assenza di una espressa previsione, le SOA non si ritengono tenute ad effettuare tale attività e l'Autorità è costretta ad utilizzare altra norma (dell'art. 11, comma 7, dell'Allegato II.12) per imporre l'adempimento.</p> <p>Comma 13 Andrebbe riformulato come il precedente 4-bis dell'art 84 del d.lgs. 50/2016 che meglio chiariva le modalità e le conseguenze della segnalazione all'Autorità in ordine alla produzione di dichiarazioni false o di documenti non veritieri da parte delle Imprese: <b>Gli organismi di cui [...] segnalano immediatamente all'ANAC i casi in cui gli operatori economici, ai fini della qualificazione, rendono dichiarazioni false o producono documenti non veritieri. L'ANAC, se accerta la colpa grave o il dolo dell'operatore economico, tenendo conto della gravità del fatto e della sua rilevanza nel procedimento di qualificazione, ne dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto, ai sensi dell'articolo [...], per un periodo massimo di [...]. Alla scadenza stabilita dall'ANAC, l'iscrizione perde efficacia ed è immediatamente cancellata</b> Tale modifica consentirebbe, peraltro, di reintrodurre la graduazione della sanzione interdittiva che, invece, l'art. 18, comma 23, dell'Allegato II.12 non consente (a differenza che in passato), con conseguenti criticità in termini di proporzionalità della sanzione.</p> <p>Inoltre, andrebbe aggiunto l'obbligo di comunicazione all'Autorità dei provvedimenti di <b>sospensione e decadenza dell'attestazione adottati dalle SOA ai sensi dell'articolo 14 ) dell'All.12 (Sanzioni per violazione da parte degli operatori economici dell'obbligo d'informazione.</b></p> <p><b>Osservazioni all'All. II.12</b></p> <p><b>Articolo 7, comma 1 – Partecipazioni azionarie sostanziale</b> La norma non ricomprende nel novero dei soggetti cui è preclusa la partecipazione al capitale sociale delle SOA le società di ingegneria che nella disciplina previgente erano, invece, previste mediante il rinvio operato dall'art. 66 del dpr n. 207/2010 all'art. 90, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006. L'estensione è dovuta in quanto le SIA sono operatori economici che collaborano in via ordinaria con le imprese attestate e quindi il coinvolgimento nella compagine associativa delle SOA potrebbe condurre a comportamenti imparziali o discriminatori da parte delle SOA. Il divieto introdotto in via meramente interpretativa dall'Autorità potrebbe essere contestato.</p> <p><b>Articolo 13, commi 1 e 2 – Sanzioni nei confronti delle SOA.(Difetto di coordinamento che richiede modifica sostanziale)</b> Le suddette previsioni, replicando le analoghe contenute nel d.p.r. 207/2010, prevedono per la sanzione comminata per le mancate richieste dell'ANAC il limite di <b>25.000</b> euro (comma 1), mentre per l'operato non conforme nell'esercizio di attestazione il limite di 50.000 euro (comma 2). Tuttavia, entrambi i commi fanno riferimento all'art. 222, comma 3, lettera a), che impone come limite massimo quello di <b>5.000</b> euro. Si rende pertanto, necessario coordinare le due disposizioni. Si esprime preferenza per il mantenimento della soglia più elevata prevista nell'allegato, ritenuta più congrua rispetto ai volumi di affari delle SOA. La sanzione inferiore, infatti, rischia di non essere afflittiva.</p> <p><b>Articolo 17, comma 5 - 9. Errata indicazioni dei requisiti relativi alla verifica triennale (errore materiale difetto di coordinamento)</b> L'art. 17, comma 5, dell'Allegato II.12, che descrive i requisiti di capacità strutturale necessari alla verifica triennale, non ha riprodotto il contenuto analogo della normativa precedente. Si ritiene si tratti, comunque, solo di un errore di coordinamento. Attualmente il rinvio agli articoli relativi ai requisiti da verificare è il seguente: “articoli 4 e 18, commi 5, lettera a) e 9, lettere a) e c), 11, 12, 13, 14, 15, 16 e 17” mentre l'indicazione corretta dovrebbe essere: “articoli 4 e 18, commi <b>6, lettere a) e c) e 9, lettera a)</b>, 11, 12, 13, 14, 15, 16 e 17”.</p> <p>Si tratta di un mero errore materiale dovuto alla circostanza che all'attuale articolo 18 dell'Allegato, che replica l'art. 79 del d.p.r. 207/2010, sono stati inseriti 4 commi; in sostanza il comma 1 del non più vigente art. 79 coincide con il comma 5 dell'art. 18 attuale.</p> <p><b>Articolo 23, comma 4. Emissione del certificato di esecuzione lavori</b> L'art. 23 dell'Allegato II.12 al Codice non ha replicato le modalità di utilizzo indicate dall'art. 85 del d.p.r. 207/2010, vigente fino al 30 giugno u.s. L'art. 85 consentiva l'attribuzione all'affidatario del cosiddetto premio di coordinamento che consisteva in una quota dei lavori subappaltati, da spendere per la propria qualificazione, a scelta, nelle categorie scorporabili o nella prevalente. L'effetto dell'assenza di tale previsione è la possibilità di utilizzare per la qualificazione dell'appaltatore l'intera quota delle lavorazioni subappaltate, con conseguenza crescita della capacità esecutiva anche nelle categorie specialistiche, in assenza di effettiva esperienza concreta. Ulteriore effetto sarebbe la riduzione del ricorso al subappalto, con grave pregiudizio per le imprese specializzate.</p>
20	Art. 101 Soccorso istruttorio	Applicabilità del soccorso istruttorio al pagamento del contributo in favore dell'Autorità, in relazione al quale è stato precisato che è sanabile soltanto il pagamento perfezionato in data antecedente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte	Sulla possibilità di sanare il mancato tempestivo pagamento del contributo in favore dell'Autorità la giurisprudenza è oscillante. L'Autorità, recentemente si è espressa nel senso di consentire la sanatoria soltanto nel caso di allegazione di una ricevuta avente data certa anteriore rispetto alla data di scadenza delle offerte. Sarebbe auspicabile un intervento normativo che recepisce tale orientamento, sancendo l'inammissibilità dell'offerta non corredata dal tempestivo pagamento del contributo.

21	Art. 108, comma 4 e 109	Sistema reputazionale	Si evidenzia l'opportunità di coordinare le due norme per attribuire una connotazione e una funzione certe al rating reputazionale. I criteri utilizzati per la valutazione dell'offerta tecnica e individuati all'articolo 108 coincidono, infatti, con quelli da valutare per l'attribuzione del rating che si traduce in un elemento di premialità riferito sempre all'offerta. Sarebbe quindi opportuno evitare la doppia valutazione dei requisiti. Una possibile soluzione potrebbe essere quella di considerare il rating come indice sintetico degli elementi da considerare nella valutazione dell'offerta. Lo stesso opererebbe quindi come una sorta di pre-qualifica che agevolerebbe le stazioni appaltanti nell'attribuzione del punteggio in sede di gara. Ne deriverebbero benefici in termini di standardizzazione, semplificazione, parità di trattamento, fatta salva, in ogni caso, la discrezionalità della stazione appaltante nell'individuazione dei pesi da attribuire al possesso del rating. Un intervento sul punto potrebbe favorire l'accettazione dello strumento da parte degli operatori economici che finora lo hanno avversato, agevolando la costruzione del sistema da parte dell'ANAC.
22	Art. 132 Disciplina comune applicabile ai contratti nel settore dei beni culturali	Necessità di integrazione disciplina dell'affidamento in tema di beni culturali	Il nuovo Codice è estremamente riduttivo nella disciplina dei beni culturali. In particolare, nulla è specificato riguardo alle modalità di affidamento dei lavori nelle categorie super specialistiche del restauro per le quali, all'art. 132 comma 2, è specificato il divieto al ricorso all'avvalimento. Elementi di specificazione non risultano contenuti neanche nell'allegato II 18, risultando in generale la problematica delle categorie super specialistiche poco definita. In tale contesto si riterrebbe opportuno inserire le previsioni contenute nel previgente Codice all'art. 148, laddove le si imponeva di considerare tali categorie pure ricomprese tra le SIOS a prescindere dall'importo con un regime di tutela rafforzato.
23	Art. 134 (Contratti gratuiti e forme speciali di partenariato)	Collocazione nell'ambito del codice della disciplina dei contratti gratuiti e delle forme speciali di partenariato nell'ambito della parte relativa ai beni culturali e assenza di una disciplina generale.	La disciplina dei contratti gratuiti e delle forme speciali di partenariato, ivi compresa la sponsorizzazione tecnica, è contenuta nella parte relativa ai beni culturali, mentre dovrebbe essere di carattere generale. Così come collocata, la disciplina dell'articolo 134 risulta limitata al settore dei beni culturali. Per gli altri settori la disciplina manca. Il comma 4 dell'articolo 134 dovrebbe essere espunto e collocato in un'altra parte del codice.
24	Art. 193 Finanza di progetto – procedure di affidamento	Oltre ad evidenziare alcuni refusi della disposizione (comma 8) in generale la criticità dell'istituto in esame riguarda il rischio di riconoscere all'operatore uscente impropri vantaggi	<p>Sulle criticità dell'istituto di cui all'articolo 193 del Codice si evidenzia che l'esperienza dell'ANAC ha evidenziato che nel <i>project financing</i> per l'affidamento di servizi pubblici <b>solitamente non pervengono altre offerte oltre alla proposta del promotore, in quanto la previsione di un diritto di prelazione a favore di quest'ultimo costituisce un fattore dissuasivo, producendo</b> già di per sé, quindi, un effetto anticoncorrenziale (cfr. <b>Comunicato del Presidente ANAC del 12 gennaio 2022</b>).</p> <p>Nell'ottica del superamento di tale criticità si propone di <b>introdurre</b> il divieto di esercizio del diritto di prelazione nell'ipotesi in cui l'offerta tecnica predisposta dall'aggiudicatario riporti un punteggio di molto superiore (ad esempio, di oltre dieci punti) rispetto a quello conseguito dal promotore, garantendo comunque a quest'ultimo la rifusione delle spese sostenute per l'elaborazione della proposta progettuale.</p> <p>In secondo luogo, si rileva che il <i>project financing</i>, così come disciplinato dalla norma attuale, rischia, in alcuni casi, di riconoscere <b>una posizione di vantaggio all'operatore uscente</b>, il quale, essendo favorito dalla circostanza di conoscere già il servizio oggetto della concessione, potrebbe presentare una proposta finalizzata alla conferma della precedente offerta, con la conseguenza che gli altri operatori economici si vedrebbero di fatto penalizzati e lo stesso ente concedente risulterebbe privato della possibilità di trarre beneficio dalla concorrenzialità del mercato.</p> <p>Pertanto, al fine di bilanciare la posizione del concessionario uscente e del promotore di una nuova procedura, secondo una logica di totale apertura del mercato alla concorrenza, il legislatore potrebbe valutare un correttivo che preveda un generale divieto di individuare il concessionario uscente come affidatario, in qualità di promotore, di una nuova procedura di <i>project financing</i>.</p> <p>Andrebbe, inoltre, modificata la normativa. prevedendo il divieto di finanza di progetto su una concessione esistente, a meno che non si modifichi sensibilmente l'oggetto della concessione, ciò al fine di evitare il protrarsi nel tempo dell'affidamento al medesimo concessionario.</p> <p>Si propone di reinserire al comma 2 l'espressa previsione della perentorietà del termine per la presentazione della proposta, in linea con quanto previsto nell'articolo 183, comma 5, del d.gs. 50 con un evidente intento acceleratorio per l'ente concedente.</p> <p>La giurisprudenza in tali casi riconosceva la tutela al privato a fronte dell'inerzia dell'ente concedente, mediante lo strumento del silenzio inadempienza (CdS 603/2019).</p> <p>Seppur la valutazione delle proposte si colloca in una fase antecedente la gara, ma pur sempre procedimentalizzata (ex L. 241/90), l'introduzione del carattere perentorio pare essere coerente con i principi di risultato e fiducia e con i termini massimi (delle procedure di gara) fissati dall'Allegato I.3 del codice.</p>
25	Art. 222, comma 10	Modifiche sulle modalità di acquisizione dei dati al casellario informatico	<p>È necessario adeguare il funzionamento del casellario allo svolgimento delle procedure di affidamento mediante le piattaforme di approvvigionamento digitale. L'interoperabilità tra le piattaforme e la banca dati nazionale dei contratti pubblici potrà consentire infatti, tramite apposite interfacce web, la trasmissione in tempo reale delle informazioni da inserire nel casellario. Inoltre, l'interoperabilità tra le banche dati esistenti e la piattaforma digitale nazionale dati potrà permettere l'acquisizione dei dati e delle informazioni a comprova dei requisiti di partecipazione da inserire nel fascicolo virtuale dell'operatore economico. Tali novità, previo adeguato sviluppo dei sistemi, consentiranno di eliminare il flusso attualmente esistente tra stazioni appaltanti, enti certificanti e Autorità, basato su trasmissioni a mezzo posta certificata.</p> <p>La modifica al comma 10 è volta a sanzionare la mancata risposta alle richieste di verifica dei requisiti relativi a dati e informazioni non disponibili nel Fascicolo virtuale dell'operatore economico, attribuendo all'Autorità uno specifico potere sanzionatorio, nel rispetto del principio di legalità.</p> <p><b>PROPOSTA DI EMENDAMENTO</b></p> <p>10. È istituito presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici il casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.</p> <p><b>Il casellario acquisisce direttamente dalle stazioni appalti mediante interoperabilità con le piattaforme di approvvigionamento digitale, nel casellario sono annotate, secondo le modalità individuate dall'ANAC, con proprio provvedimento, le notizie, le informazioni e i dati relativi agli operatori economici con riferimento alle fattispecie</b> iscrizioni previste dagli articoli 94 e 95. L'ANAC, nel medesimo provvedimento, individua le ulteriori informazioni da inserire nel casellario, ivi comprese quelle rilevanti per l'attribuzione della reputazione dell'impresa di cui all'articolo 109, o per il conseguimento dell'attestazione di qualificazione di cui all'articolo 100<del>103</del></p> <p><b>Gli enti certificanti inseriscono direttamente nel casellario, mediante appositi servizi applicativi messi a disposizione dall'Autorità, le notizie, le informazioni e i dati relativi alle fattispecie previste dagli articoli 94 e 95 non ancora disponibili per interoperabilità con la piattaforma digitale nazionale dati.</b></p> <p><b>L'ANAC, con proprio provvedimento, individua i dati, le notizie e le informazioni utili da acquisire al casellario, nonché le modalità di acquisizione e la durata delle iscrizioni. e la modalità di archiviazione delle stesse.</b> Nel casellario l'ANAC iscrive direttamente i provvedimenti interdittivi adottati ai sensi dell'articolo 94, comma 5, lettere e) e f).</p> <p>13. Nel rispetto dei principi di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689, l'ANAC ha il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti <b>degli enti certificanti che rifiutano od omettono senza giustificato motivo di riscontrare le richieste di verifica dei requisiti di partecipazione provenienti dalle stazioni appaltanti o dagli enti concedenti in relazione ai dati e alle informazioni non disponibili nel Fascicolo virtuale dell'operatore economico di cui all'articolo 24 e nei confronti</b> dei soggetti che rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dalla stessa, e nei confronti degli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, entro il limite minimo di euro 500 e il limite massimo di euro 5.000. Nei confronti dei soggetti che, a fronte della richiesta di informazioni o di esibizione di documenti da parte dell'ANAC, forniscono informazioni o esibiscono documenti non veritieri o che forniscono alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione dati o documenti non</p>

			veritieri circa il possesso dei requisiti di qualificazione, l'ANAC ha il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie entro il limite minimo di euro 500 e il limite massimo di euro 10.000, fatta salva l'eventuale sanzione penale. Con propri atti l'ANAC disciplina i procedimenti sanzionatori di sua competenza.
26	Allegato I.3 articolo 31, comma 7, Elenco prezzi unitari, computo metrico estimativo e quadro economico.	Criticità e difficoltà interpretative in merito all'individuazione dei limiti per la partecipazione alla gara/esecuzione prestazione delle categorie scorporabili e le categorie cd. SIOS (strutture, impianti ed opere speciali)	Con l'entrata in vigore del nuovo codice, è sorto il dubbio in ordine alla permanenza del divieto di cui all'articolo 36, comma 5, del decreto legislativo n. 163/2006 (transitoriamente vigente sino al 30 luglio 2023), che impediva alla medesima impresa di partecipare a più di un consorzio stabile. Ciò, stante la mancata riproduzione di detta previsione nel nuovo codice e considerato che l'articolo 255 del decreto legislativo 36/2023 prevede l'ultravigenza del solo comma 7 dell'articolo 36, attinente alla qualificazione dei consorzi stabili. L'Autorità ritiene che il divieto in questione debba considerarsi permanente, in considerazione delle ragioni esplicitate nel Comunicato del Presidente del 31 gennaio 2024 Si chiede quindi di confermare il divieto in maniera espressa.
27		CEL (certificati esecuzione lavori) nell'ambito degli accordi quadro	L'ANAC ha ricevuto la richiesta di consentire l'emissione di un unico CEL nel caso di più interventi eseguiti in attuazione di un accordo quadro, sulla base della considerazione che il CEL emesso debba essere coerente con i requisiti di partecipazione richiesti per l'accesso alla gara che, generalmente, sono commisurati all'intero importo dell'accordo quadro. La conseguenza di tale discrasia è che i CEL così ottenuti non consentono alle imprese di mantenere la qualificazione richiesta per partecipare ad accordi quadro di pari importo, nel futuro. Occorrerebbe un intervento normativo chiaro finalizzato a cercare un equo contemperamento tra le opposte esigenze di preservare il requisito del lavoro di punta relativo alla capacità dell'operatore economico di eseguire un contratto di importo rilevante (requisito che verrebbe falsato nel caso in cui si considerassero tutte le lavorazioni eseguite nell'ambito dell'accordo quadro come unitarie) e di considerare l'unitarietà di alcuni interventi eseguiti nell'ambito di un accordo quadro. Ad esempio, si potrebbero consentire il rilascio di un unico CEL quando le varie lavorazioni possono essere considerate come intervento unitario, ad esempio, quando sono svolte sullo stesso bene, come avviene per gli interventi di manutenzione realizzati sullo stesso bene immobile o sul medesimo tratto autostradale, in un dato periodo di tempo oppure quando i diversi interventi sono contemporeanei..

**SEZIONE II  
CRITICITÀ INTERPRETATIVE**

1	Art.14, comma 11 Soglie di rilevanza europea e metodi di calcolo dell'importo stimato degli appalti. Disciplina dei contratti misti	Difficoltà applicative tra la disposizione nazionale e la ratio della direttiva	La norma prevede che, in deroga alle previsioni dei commi 9 e 10 (che impongono di determinare l'importo dell'appalto mediante sommatoria dei singoli lotti, per evitare frazionamenti artificiosi), le stazioni appaltanti possono aggiudicare l'appalto per singoli lotti, senza applicare le disposizioni del codice, quando l'importo stimato del lotto è inferiore a determinati importi. La disposizione nasce dalla trasposizione nel diritto interno dell'articolo 5, comma 10, della direttiva 24/2014, secondo cui è possibile aggiudicare l'appalto per singoli lotti senza applicare la direttiva (quindi anche se il valore complessivo dell'appalto supera le soglie comunitarie) nel caso in cui i singoli lotti non superino determinati importi. La trasposizione nel diritto interno effettuata mediante riproposizione letterale della norma eurounitaria dà luogo a conseguenze diverse da quelle volute dalla direttiva. Per tali eventualità, infatti, il legislatore comunitario ha voluto l'esclusione dell'applicazione delle disposizioni della direttiva, quindi del regime previsto per gli affidamenti sopra soglia. L'articolo 14, comma 11, invece, prevedendo che ai lotti in questione non si applichi il codice, va oltre quanto previsto dalla direttiva, con la conseguenza di considerare tali affidamenti estranei al codice. In realtà, agli stessi andrebbe applicato il regime previsto per gli affidamenti sottosoglia, in ragione del relativo valore.
1	<b>PROPOSTA EMENDATIVA</b> 11. In deroga a quanto previsto dai commi 9 e 10, le stazioni appaltanti possono aggiudicare l'appalto per singoli lotti <b>applicando le disposizioni del Libro II, Parte I, del codice senza applicare le disposizioni del codice</b> , quando l'importo stimato al netto dell'IVA del lotto sia inferiore a euro 80.000 per le forniture o i servizi, oppure a euro 1.000.000 per i lavori, purché l'importo cumulato dei lotti aggiudicati non superi il 20 per cento dell'importo complessivo di tutti i lotti in cui sono stati frazionati l'opera prevista, il progetto di acquisizione delle forniture omogenee o il progetto di prestazione servizi.		
2	Art. 24 Fascicolo virtuale dell'operatore economico, comma 3 Art. 99 Art. 222 Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) comma 13	Rifiuto degli Enti certificanti titolari di banche dati di rendere possibile l'accesso da parte di ANAC <b>Previsione che il DURC ai fini della verifica del requisito di regolarità contributiva viene acquisito dalle SA</b>	È necessario superare le obiezioni che stanno muovendo numerosi Enti certificanti in ordine alla mancata individuazione di ANAC tra i soggetti legittimati ad accedere alle proprie banche dati nei regolamenti che istituiscono e disciplinano il funzionamento delle stesse. In particolare, detti enti non riconoscono prevalenza al codice come fonte sovraordinata rispetto ai citati regolamenti. .  <b>PROPOSTA NORMATIVA SU ARTICOLO 24, COMMA 3</b> Al comma 3 dell'articolo 24, dopo il primo periodo aggiungere il seguente: <b>"anche in assenza di disposizioni in tal senso nei provvedimenti normativi o regolamentari che disciplinano le singole banche dati, che, in ogni caso si intendono automaticamente integrati dalla previsione del precedente periodo"</b> .  Per rendere effettivo l'obbligo di riscontro alle richieste di verifica dei requisiti non presenti nel FVOE si propone la previsione del corrispondente potere sanzionatorio dell'ANAC (modifica normativa sostanziale) <b>PROPOSTA NORMATIVA SU ARTICOLO 99</b> Art. 99. (Verifica del possesso dei requisiti)  1. La stazione appaltante verifica l'assenza di cause di esclusione automatiche di cui all'articolo 94 attraverso la consultazione del fascicolo virtuale dell'operatore economico di cui all'articolo 24, la consultazione degli altri documenti allegati dall'operatore economico, nonché tramite l'interoperabilità con la piattaforma digitale nazionale dati di cui all'articolo 50-ter del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 e con le banche dati delle pubbliche amministrazioni.  2. La stazione appaltante, con le medesime modalità di cui al comma 1, verifica l'assenza delle cause di esclusione non automatica di cui all'articolo 95, e il possesso dei requisiti di partecipazione di cui agli articoli 100 e 103.  3. Agli operatori economici non possono essere richiesti documenti che comprovano il possesso dei requisiti di partecipazione o altra documentazione utile ai fini dell'aggiudicazione, se questi sono presenti nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, sono già in possesso della stazione appaltante, per effetto di una precedente aggiudicazione o conclusione di un accordo quadro, ovvero possono essere acquisiti tramite interoperabilità con la piattaforma digitale nazionale dati di cui all'articolo 50-ter del codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005 e con le banche dati delle pubbliche amministrazioni.

			<p>La norma vigente induce in errore sulla possibilità di mantenere un canale parallelo al FVOE per la verifica dei requisiti, al di fuori del sistema di interoperabilità tra le banche dati esistenti e la PDND, ponendosi in contrasto con l'articolo 24.</p> <p><b>PROPOSTA NORMATIVA SU ARTICOLO 222, COMMA 10</b>  <i>il comma disciplina l'istituto della BDNCP e le informazioni contenute nel casellario. Ciò nonostante, c'è solo un chiaro riferimento all'art. 103, ossia ai requisiti di partecipazione a procedure di lavori di rilevante importo, mentre non è indicato l'art. 100, che disciplina i requisiti speciali, a prescindere dall'importo dell'affidamento.</i></p> <p><b>PROPOSTA NORMATIVA SU ARTICOLO 222, COMMA 13</b>  <i>All'articolo 222, comma 13, al primo periodo, dopo le parole "nei confronti" aggiungere "degli enti certificanti che rifiutano od omettono senza giustificato motivo di riscontrare le richieste di verifica dei requisiti di partecipazione provenienti dalle stazioni appaltanti o dagli enti concedenti in relazione ai dati e alle informazioni non disponibili nel Fascicolo virtuale dell'operatore economico di cui all'articolo 24; nei confronti..."</i></p> <p><b>PROPOSTA NORMATIVA ALLEGATO II.10, ART. 1, COMMA 2</b>  <i>Eliminare il comma 2</i>  <i>In relazione agli articoli 94, comma 6 e 95 comma 2, si considera mezzo di prova, con riferimento ai contributi previdenziali e assistenziali, il documento unico di regolarità contributiva acquisito d'ufficio dalle stazioni appaltanti presso gli istituti previdenziali ai sensi della normativa vigente.</i>  <i>Tale disposizione è invocata dall'INPS per escludere la legittimazione dell'Autorità a richiedere, tramite il FBOE, l'emissione di un nuovo DURC e per limitare l'accesso del FVOE ai soli DURC già emessi su richiesta delle stazioni appaltanti, considerati gli unici soggetti legittimati.</i>  <i>La previsione contrasta con gli articoli 24 e 99 del codice che individuano nel FVOE lo strumento di verifica dei requisiti.</i></p>
3	Art. 43 Livelli e contenuti della progettazione e Allegato I.13	Affidamento dei servizi di ingegneria e architettura	<p>Art. 43  Metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni:  Applicazione della disciplina sull'utilizzo del BIM con riferimento alla decorrenza e all'applicazione della maggiorazione del 10% prevista dall'articolo 2, comma 5, dell'allegato I.13  L'articolo 2, comma 5, dell'allegato I.13 prevede che "In seguito alla determinazione dell'importo da porre a base di gara, relativamente agli appalti per cui è obbligatoria l'adozione di metodologia Building Information Modeling (BIM), dovrà applicarsi un incremento percentuale pari al 10 per cento sul complessivo di calcolo degli onorari e prima dell'applicazione della percentuale relativa alle spese e oneri accessori, che sono calcolate anche sull'incremento percentuale BIM.  Tale incremento deve essere applicato a tutti i servizi e a tutte le prestazioni oggetto di affidamento".</p> <p>ANAC ritiene che l'obbligo di applicazione della maggiorazione si applichi in tutti i casi in cui sia richiesto all'operatore economico l'utilizzo del BIM come requisito di partecipazione.  Il riferimento all'obbligo riportato nella previsione normativa è da leggersi, infatti, dal punto di vista dell'operatore economico. In tal senso, quindi, ogni qualvolta l'utilizzo del BIM sia "obbligatorio" per la partecipazione alla gara (perché previsto dalla norma o richiesto dalla stazione appaltante) la maggiorazione è dovuta. Qualora, invece, l'utilizzo del BIM sia richiesto, non come requisito di partecipazione (quindi come requisito obbligatorio), ma soltanto come requisito premiale, la maggiorazione non sarà dovuta. In questo caso, infatti, l'operatore economico potrà scegliere liberamente se utilizzare o meno il BIM e, in caso positivo, lo sforzo ulteriore sarà ricompensato dall'attribuzione di un punteggio aggiuntivo. Tale lettura appare conforme al divieto di prestazioni gratuite e al principio dell'equo compenso, oltre che alla volontà manifestata dal legislatore, di incentivare il ricorso alla digitalizzazione.  Sarebbe importante un'interpretazione autentica della norma.</p>
4	Art. 50 Procedure per l'affidamento	Criticità degli affidamenti diretti, o con procedura negoziata senza bando, dei contratti di importo inferiore alle soglie comunitarie	<p>ANAC ha più volte segnalato che:</p> <p><b>1) Rischio di eccessivo frazionamento degli appalti</b>  Stante l'ampia possibilità di ricorso all'affidamento diretto e alla procedura negoziata senza bando, le stazioni appaltanti potrebbero essere indotte, al fine di ottenere la massima semplificazione delle procedure, ad un eccessivo frazionamento degli appalti, in modo da far rientrare l'affidamento occorrente entro la soglia prescritta per il ricorso alle procedure semplificate. Potrebbe quindi accadere che appalti pluriennali, anziché essere affidati mediante le procedure ordinarie, vengano invece affidati annualmente, in modo da rimanere al di sotto della soglia prevista per l'affidamento diretto o per la procedura negoziata senza bando ed evitare, così, di assoggettarsi al principio della gara pubblica.</p> <p><b>2) Limitazione della possibilità di ricorso alle procedure ordinarie</b>  È espressamente consentito alle stazioni appaltanti di ricorrere alle procedure ordinarie, in luogo delle procedure semplificate previste per gli appalti sottosoglia, nel solo caso di cui all'articolo 50, comma 1, lettera d) – procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno dieci operatori economici, ove esistenti, per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alla soglia di rilevanza europea.</p> <p>Si evidenzia l'opportunità di <b>consentire in ogni caso alle stazioni appaltanti</b>, nell'esercizio della propria discrezionalità e in applicazione del principio di auto-organizzazione amministrativa, <b>di ricorrere alle procedure ordinarie anche sottosoglia, in luogo delle procedure negoziate</b>, qualora le caratteristiche del mercato di riferimento inducano a ritenere preferibile un ampio confronto concorrenziale.  Le problematiche sollevate da ANAC sono state analizzate e condivise nella <b>Circolare del MIT n. 298 del 20 novembre 2023</b> che, in relazione alle procedure di affidamento di cui all'articolo 50, fornisce chiarimenti interpretativi per estendere la possibilità di ricorso alle procedure ordinarie, in conformità ai principi e alle regole di settore, dettate dalla Direttiva 2014/24/UE. Di recente, con parere del MIT n. 2577/2024, tale possibilità è stata subordinata ad una adeguata motivazione anche in considerazione dell'allungamento dei tempi di conclusione del procedimento derivanti da tale scelta.  In tal senso, il testo normativo dovrebbe essere emendato alla luce dell'orientamento espresso dal MIT.</p>
5	Art. 54 Esclusione automatica delle offerte anomale e All. II.2 Metodo di calcolo soglia anomalia per l'esclusione automatica delle offerte (art.54, comma 2)	Mancato riferimento ai contratti di forniture e persistenza del dubbio circa l'obbligatorietà o la facoltatività dell'esclusione automatica anche in assenza di una esplicita previsione negli atti di gara	<p>Secondo quanto stabilito dall'art. 54, l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse è prevista nel caso di aggiudicazione, con il criterio del prezzo più basso, di contratti di appalto di lavori o servizi di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque. La condizione è che tale possibilità sia prevista negli atti di gara e che i suddetti contratti "...non presentano un interesse transfrontaliero certo...".  In primo luogo, si evidenzia il mancato riferimento ai contratti di forniture che andrebbero, invece ugualmente ricompresi nell'ambito di applicazione della disciplina; inoltre, si segnala il mancato riferimento alla motivazione circa la ritenuta assenza del carattere transfrontaliero dell'appalto, quale condizione di applicazione di tale istituto.  Infine, si renderebbe opportuno che l'esclusione automatica delle offerte anomale sia prevista come possibilità, in modo da non compromettere eccessivamente la discrezionalità della stazione appaltante nella gestione delle procedure sottosoglia aggiudicate al minor prezzo.  ANAC rileva, inoltre, che la formulazione secondo cui le stazioni appaltanti "prevedono negli atti di gara, l'esclusione automatica..." rischia di riproporre il dubbio sulla obbligatorietà o facoltatività dell'istituto, vale a dire se l'esclusione automatica si applica anche in assenza di una esplicita previsione negli atti di gara, etero-integrandoli, laddove il contratto non presenti carattere transfrontaliero certo. Tale valutazione dell'assenza del carattere transfrontaliero dell'appalto, quale condizione di applicazione dell'esclusione automatica, dovrebbe essere supportata da una previa esplicita motivazione della stazione appaltante, in modo tale da superare i rilievi mossi dalla Commissione europea nella procedura di infrazione n. 2018/2273.</p> <p>Inoltre, con riferimento all'ALLEGATO II.2 –  Metodi di calcolo della soglia di anomalia per l'esclusione automatica delle offerte (articolo 54, comma 2, del Codice) ove sono descritti i metodi di calcolo della soglia di anomalia per l'esclusione automatica delle offerte, vi è una contraddizione nella descrizione del METODO A tra quanto previsto nel punto 1), secondo il quale "la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore a una soglia di anomalia" ed il punto 3) laddove è previsto che "tutti gli sconti superiori alla soglia di anomalia sono automaticamente esclusi. Tra le offerte non escluse, la stazione appaltante individua come vincitrice quella con lo sconto maggiore".  Si segnala che nella delibera n. 536 del 21 novembre 2023, l'Autorità ha preso atto di tale apparente contraddizione, risolvendola, attraverso l'esame della relazione illustrativa al codice, nel senso che le offerte pari alla soglia vadano escluse in via automatica. <b>Appare, tuttavia, necessario un intervento normativo.</b></p>

5			<p><b>PROPOSTA EMENDATIVA</b>  Art. 54. (Esclusione automatica delle offerte anomale)  “1. Nel caso di aggiudicazione, con il criterio del prezzo più basso, di contratti di appalto di lavori, o servizi o forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea che non presentano un interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti, in deroga a quanto previsto dall’articolo 110, prevedono negli atti di gara, <b>pena l’impossibilità della relativa applicazione</b>, l’esclusione automatica delle offerte che risultano anomale, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque. (...)”.</p> <p><b>PROPOSTA EMENDATIVA</b>  <b>All.2 METODO A</b>  Punto 3 “Tutti gli sconti <b>pari o superiori</b> alla soglia di anomalia sono automaticamente esclusi. Tra le offerte non escluse, la stazione appaltante individua come vincitrice quella con lo sconto maggiore..”</p>
6	Art. 57 Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale	I criteri ambientali minimi	<p>Si rileva che nell’attuale articolo 57 del D.lgs. 36/2023 non viene riportato il terzo comma dell’articolo 34 del previgente Codice, secondo il quale l’onere di inserire nella documentazione progettuale e di gara i criteri ambientali minimi (CAM) si applicava agli affidamenti di qualunque importo.  Può sorgere dunque il dubbio sull’applicazione dei CAM negli appalti sottosoglia.  A conferma dell’applicazione dell’art. 57 anche agli appalti sottosoglia, si rileva che l’art. 48 del nuovo Codice dispone espressamente, al terzo comma, che «ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si applicano, se non derogate (...), le disposizioni del codice».  In assenza di una espressa deroga l’applicazione resta confermata, ma per chiarezza interpretativa si suggerisce di riproporre espressamente il richiamo come nel codice previgente.</p>
7	Art. 60 Revisione prezzi	Chiarimenti sull’applicazione della disciplina sulla revisione dei prezzi.	<p>Con riferimento all’articolo 60 del codice andrebbe chiarito:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- l’ambito applicativo: in particolare se la clausola obbligatoria deve essere inserita solo nei contratti di durata pluriennale o ad esecuzione periodica</li> <li>- da quando può essere attivata (es. a partire dal primo anno, oppure solo in fase esecutiva o anche alla sottoscrizione del contratto se questa avviene in un momento molto differito rispetto alle procedure di selezione.</li> <li>- Se si applica a tutte le tipologie di contratto e a tutte le componenti del prezzo. Ad esempio, nei servizi di ingegneria e architettura, nel caso di ribasso consentito solo sulle spese, andrebbe definito se la clausola di revisione si applica alle spese medesime.</li> </ul> <p>Nella norma occorrerebbe specificare che invece degli indici delle retribuzioni contrattuali orarie si devono considerare i CCNL applicato dalla stazione appaltante o i contratti equivalenti. Può infatti accadere che un particolare contratto sia interessato da aumenti significativi (come, per esempio, è avvenuto per il CCNL Cooperative) che non verrebbero adeguatamente considerati se il riferimento è un indice riferito alla totalità dei contratti vigenti a livello nazionale.  Occorrerebbe anche considerare in che termini il rinnovo del CCNL possa essere considerato una particolare condizione di natura oggettiva, tale da giustificare l’attivazione della clausola di revisione al superamento della soglia di rilevanza.</p>
8	Art. 63 Qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza All. II.4 Art. 8 Qualificazione per l’esecuzione	Problematiche relative alla qualificazione delle stazioni appaltanti per l’esecuzione dei contratti.	<p>La disposizione disciplina solo il periodo transitorio che si concluderà il 31 dicembre 2024, prevedendo che le stazioni appaltanti qualificate per un dato livello (per i lavori, i servizi e le forniture, o entrambi) sono qualificate anche per l’esecuzione per tutti i livelli, le stazioni appaltanti non qualificate possono eseguire i contratti se sono iscritte in Ausa e dotate di un soggetto che possa svolgere la funzione di Rup.  In sostanza, attualmente, tutte le stazioni appaltanti possono eseguire i contratti affidati, direttamente o da un soggetto terzo a loro nome.  L’allegato indica solo, a somme linee, quali sono gli elementi su cui si baserà la qualificazione a partire dal 1° gennaio 2025.  Ciò premesso, è evidente che per fornire in modo tempestivo indicazioni alle stazioni appaltanti e anche all’Autorità per adeguare i propri sistemi informatici, occorre definire prima possibile cosa succederà al termine del periodo transitorio.  ad oggi non esiste, di fatto, alcuna stazione appaltante che presta i servizi di esecuzione in nome e per conto di altri.  Sul tema, è stata inviata alla Cabina di Regia il 20 marzo 2024 una nota del Presidente contenente la segnalazione delle problematiche relative alla qualificazione delle stazioni appaltanti per l’esecuzione dei contratti.  Ad esito di questa segnalazione si è aperto un tavolo tecnico (MIT/Enti Locali/Unità tecnica di missione PNRR).</p> <p>i lavori del suddetto tavolo, dopo diversi incontri, stanno portando a un punto di sintesi per cui la qualificazione delle sa in fase esecutiva può essere attribuita in seguito ad una autodichiarazione da parte delle sa su dei target verificabili da anac e che riguardano tre requisiti ritenuti fondamentali:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) formazione del personale non necessariamente appartenente alla struttura stabile (n.b il numero minimo di personale destinatario della formazione e il tipo di formazione (comunque incentrata sugli aspetti relativi alla fase esecutiva, ivi compresa la digitalizzazione del ciclo di vita degli appalti, considerata anche la finalità della qualificazione per questa fase) potranno essere differenziati a seconda del livello di qualificazione a cui si intende accedere);</li> <li>2) comunicazione dei dati sull’esecuzione, sia di quelli gestiti attraverso il processo di digitalizzazione sia di quelli, sempre relativi all’esecuzione e superiori alle soglie di qualificazione, relativi al triennio 2021/2023 (per questi il processo di comunicazione potrà essere graduale nel corso di tutto il 2025);</li> <li>3) tempi di pagamento dei fornitori (target che può tener conto dei dati di RGS e per il quale è possibile prevedere un percorso graduale di avvicinamento ad un benchmark da stabilire con i dati di RGS)</li> </ol> <p>Altra riflessione del tavolo attiene alle prime valutazioni sull’ambito di operatività in fase esecutiva per le stazioni appaltanti non qualificate. In particolare, il codice già oggi prevede che diverse funzioni relative all’esecuzione possano essere affidate all’esterno (ad altre stazioni appaltanti o al mercato), ad eccezione del Rup e delle funzioni rimesse direttamente alla stazione appaltante. La mancata qualificazione potrebbe implicare che questa possibilità diventi un obbligo di esternalizzazione verso una stazione appaltante qualificata, in un processo di accompagnamento alla qualificazione. Naturalmente sono necessarie modifiche normative.</p> <p>Allegato II.4 - qualificazione delle stazioni appaltanti per la fase di affidamento  In merito al requisito delle gare svolte nel quinquennio 2018-2022 utili ai fini dell’attribuzione del punteggio e della qualificazione, si evidenzia che la tabella b dispone l’attribuzione di massimo 40 punti in base: al “numero di gare svolte di importo superiore alla soglia europea nel quinquennio precedente al 31 dicembre 2022”,  Laddove invece la soglia minima utile da considerare per l’attribuzione del punteggio corrisponde correttamente a quella di 140.000 euro prevista per gli affidamenti diretti di servizi e forniture. Ciò nel rispetto della previsione di cui all’art. 62, comma 1, del Codice.  A ciò si aggiunga che il meccanismo di qualificazione previsto dal legislatore in relazione alle gare che possono essere valorizzate ai fini dell’attribuzione del punteggio rende il sistema sostanzialmente chiuso.  Ciò in quanto le stazioni appaltanti non qualificate potranno svolgere solo gare di valore inferiore alle soglie di cui all’art. 62, comma 1, del codice, gare che però non saranno considerate dal sistema ai fini dell’attribuzione del punteggio in sede di successiva presentazione della istanza di qualificazione.  Si chiede pertanto un intervento correttivo del legislatore che possa consentire di valorizzare anche le gare di valore inferiore agli importi di cui all’art. 62, comma 1. ad esempio, per i lavori, valorizzazione delle procedure di importo superiore a 150.000 (art. 50, comma 1, lettera c) del codice), e per le forniture valorizzazione delle procedure di importo superiore a 40.000 euro in analogia con il precedente codice dei contratti che individuava in tale importo la soglia massima per gli affidamenti diretti. Si consideri infatti che le gare valorizzate sono e saranno per diversi anni quelle relative a un periodo temporale in cui vigeva il codice dei contratti previgente.</p>
9	Art. 103, commi 6 e 8	Verifica telematica delle polizze fideiussorie	<p>Con riferimento alla verifica telematica delle polizze fideiussorie, andrebbe chiarito se, a regime, tra le modalità telematiche rientra la verifica a mezzo PEC oppure se con tale locuzione si intenda esclusivamente la verifica effettuata mediante accesso ai siti internet dei garanti.</p>

		Riduzione della garanzia	<p>Sul punto, si evidenzia che l’Autorità, sentita la Cabina di Regia, Con la delibera n. 606/2023 e con i Comunicati del Presidente del 31/1/2024 e del 28 giugno ha introdotto un regime transitorio valido inizialmente fino al 30/6 e poi prorogato al 31/12/2024, consentendo la verifica a mezzo PEC. Ciò in considerazione delle difficoltà rappresentate dalle Associazioni rappresentative dei garanti e dalle Autorità di regolazione di settore in merito allo sviluppo dei siti internet.</p> <p>In merito all’emissione delle polizze mediante Piattaforme basate su registri distribuiti, occorrerebbe individuare le modalità con cui dette piattaforme interoperano nell’ambito del ciclo di vita dei contratti pubblici e, in particolare, se le stesse, oltre a dover interoperare con le PAD per gli adempimenti relativi alla gestione della polizza, debbano interoperare anche con il FVOE (e quindi con la PDND) per la verifica di veridicità e sostanza della polizza medesima o se tale verifica possa essere effettuata direttamente dalle PAD.</p> <p>Per l’art. 106, comma 8, esiste anche un problema di disallineamento testuale circa la cumulabilità delle ipotesi di riduzione dell’importo della garanzia.</p> <p>La norma dovrebbe correttamente prevedere le seguenti riduzioni</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ 30% per il possesso della certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000 rilasciata da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000;</li> <li>✓ 50% in quanto qualificabile come micro, piccola o media impresa oppure facente parte di un raggruppamento di operatori economici o consorzi ordinari costituiti esclusivamente da micro, piccole e medie imprese;</li> <li>✓ 10% per aver presentato una fideiussione, emessa e firmata digitalmente, che sia gestita in tutte le sue fasi (emissione, verifica, svincolo ed estinzione) mediante ricorso a piattaforme operanti con tecnologie basate su registri distribuiti ai sensi dell’articolo 106, comma 3, del codice;</li> <li>✓ riduzione per il possesso di uno o più delle seguenti certificazioni o marchi (la stazione appaltante individua la certificazione e il marchio tra quelli previsti dall’allegato II.13 del Codice e indica la percentuale di riduzione della cauzione, con il vincolo che la somma non può superare il 20%</li> </ul>
10	Art. 104 Avvalimento	Criticità interpretative in merito al possibile avvalimento ai fini del conseguimento dell’attestazione	<p><b>È stato posto il dubbio sulla previsione in esame, se la stessa debba essere interpretata nel senso che l’avvalimento finalizzato al conseguimento dell’attestazione, da parte dell’ausiliata, sia consentito soltanto se l’impresa ausiliaria sia in possesso dell’attestazione SOA.</b></p> <p>Tale interpretazione restrittiva trova la propria giustificazione nell’esigenza di scongiurare che le risorse sottese al prestito dei requisiti provengano da complessi aziendali non più attivi da tempo e, quindi, si sostanziano in operazioni meramente cartolari.</p> <p>L’Autorità ritiene, tuttavia, che detta interpretazione eccessivamente restrittiva e non sia compatibile con il diritto unionale e nazionale, orientati a garantire la massima partecipazione.</p> <p>La previsione, infatti, precluderebbe la possibilità di utilizzare requisiti maturati da un’impresa che, per scelta aziendale, abbia deciso di non operare nel mercato dei lavori pubblici, imponendo alla stessa di sostenere un costo per dotarsi dell’attestazione SOA. Detta interpretazione, peraltro, non sembrerebbe garantire una maggiore affidabilità dell’impresa ausiliaria, dal momento che, all’atto dell’attestazione dell’ausiliata i requisiti oggetto di prestito sarebbero comunque adeguatamente verificati dalla SOA.</p> <p>Ritiene altresì che il rischio prospettato possa essere evitato apprestando idonee cautele, in analogia a quanto già disposto dall’ANAC in riferimento alle cessioni di azienda.</p> <p>In particolare, si potrebbero elaborare criteri adeguati volti a garantire che l’avvalimento avvenga a fronte dell’effettiva messa a disposizione di risorse idonee a giustificare il prestito dei requisiti. Tale attività potrebbe essere condotta dall’ANAC in occasione dell’aggiornamento del Manuale sulla qualificazione.</p>
11	Art.104 Comma 4 Avvalimento	Modalità di presentazione del contratto di avvalimento	<p>Il Codice prevede che il contratto di avvalimento sia allegato alla domanda di partecipazione.</p> <p>Si è evidenziato il rischio che la presentazione del contratto di avvalimento premiale nella documentazione amministrativa possa anticipare elementi dell’offerta tecnica (vedi parere MIT 6212 del 20 giugno 2023).</p> <p>Nella domanda tipo ANAC ha indicato alle stazioni appaltanti la facoltà di indicare dove allegare il contratto di avvalimento premiale (nella domanda di partecipazione o nell’offerta). Si suggerisce una modifica normativa in tal senso.</p>
12	Art. 108 comma 4 Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture	Previsione di criteri di valutazione delle offerte tecniche di natura soggettiva.	<p>Si potrebbe proporre di riprendere i criteri indicati nel decreto legislativo n.50/2016, ad esempio tra i criteri di valutazione delle offerte, si potrebbe inserire anche “l’organizzazione, le qualifiche e l’esperienza del personale effettivamente utilizzato nell’appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un’influenza significativa sul livello dell’esecuzione dell’appalto”</p>
13	Art. 108, comma 7 Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture	Applicazione della disciplina delle clausole sociali	<p><b>Nel Bando tipo n.2/2023 è indicato che:</b></p> <p><i>Il Codice, oltre a quanto già previsto per gli investimenti pubblici 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, all’articolo 108, comma 7, prevede che può essere attribuito un punteggio aggiuntivo per il possesso della certificazione della parità di genere e, all’articolo 61, comma 2, prevede che possono essere attribuiti ulteriori requisiti premiali per le misure volte a favorire la parità di genere e l’inclusione lavorativa di soggetti svantaggiati o disabili. Non sembra, quindi, possibile attribuire un punteggio premiale alla stabilità occupazionale che rappresenta un requisito necessario dell’offerta. Il piano di riassorbimento potrebbe essere oggetto di valutazione per quanto concerne le modalità del riassorbimento e le garanzie riconosciute al personale riassorbito. In alternativa alla valutazione del piano di riassorbimento, per gli appalti ad alta intensità di manodopera e in ogni caso per gli appalti che prevedono il mantenimento dei livelli occupazionali, le stazioni appaltanti possono prevedere criteri premiali per le condizioni praticate al personale riassorbito.</i></p> <p>Potrebbe, comunque, a supporto essere necessario un intervento normativo</p>
14	Art. 225, comma 9, Disposizioni transitorie e di coordinamento	Criticità relative al periodo intertemporale per il project financing e criticità in merito alle PPP già avviate, dubbi sul regime applicabile	<p>In virtù di quanto stabilito dall’articolo 225, comma 9, si prevede che i progetti ad iniziativa di parte approvati e inseriti negli atti di programmazione debbano essere considerati come validi. L’unico dubbio è se a tali procedimenti si applicano poi, per la fase di aggiudicazione e gestione, le disposizioni del nuovo Codice o si continua ad applicare il d.lgs. 50/2016.</p> <p>In particolare, in merito ai PPP già avviate, la disposizione non riporta la previsione dell’art. 216, comma 23, del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui le proposte per le quali fosse già intervenuta la dichiarazione di pubblico interesse restavano assoggettate al vecchio Codice.</p>
<b>SEZIONE III DISALLINEAMENTO TESTUALE</b>			
1	Articoli 94, 95 e 98 Cause di esclusione automatica e	Difetti di coordinamento tra gli articoli 94, 95 e 98 con riferimento alla rilevanza delle sentenze	<p>La questione investe:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <u>l’articolo 94, comma 1</u>, che individua tra le cause di esclusione automatica dalla partecipazione alla gara: la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile per taluni reati ritenuti incidenti sulla moralità professionale;</li> <li>• <u>l’articolo 95, comma 1, lettera e)</u>, che prevede, quale causa non automatica di esclusione da una procedura di gara, la commissione di un illecito professionale tale da rendere dubbia l’integrità o la professionalità del concorrente;</li> <li>• <u>l’articolo 98</u>, che individua in maniera tassativa i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare gli stessi e, in particolare, <u>nel comma 3</u>, individua, alla <u>lettera h)</u> la contestata commissione di taluno dei reati di cui al comma 1 dell’articolo 94 e la <u>lettera h)</u> la contestata o accertata commissione di altri reati considerati idonei a incidere sulla integrità o sulla moralità dell’operatore economico.</li> </ul>

	non automatiche	di condanna non definitiva e della sentenza di applicazione della pena irrevocabile	<p><u>Il comma 6</u> del medesimo articolo, che individua i mezzi di prova atti a comprovare la sussistenza delle suindicate cause di esclusione, indica, quale mezzo di prova della contestata commissione dei reati di cui all'articolo 94:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- gli atti di cui all'articolo 407-bis, comma 1, del codice di procedura penale;</li> <li>- 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;</li> <li>- la sentenza di condanna non definitiva;</li> <li>- il decreto penale di condanna non irrevocabile;</li> <li>- la sentenza non irrevocabile di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale.</li> </ul> <p>La norma, invece, indica, quali mezzi di prova della contestata o accertata commissione dei reati di cui alla <u>lettera h) del comma 3</u>:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- la sentenza di condanna definitiva;</li> <li>- il decreto penale di condanna irrevocabile;</li> <li>- la condanna non definitiva;</li> <li>- i provvedimenti cautelari reali o personali, ove emessi dal giudice penale.</li> </ul> <p>Dalla lettura testuale delle norme sembrerebbe derivare che il decreto penale di condanna non irrevocabile e i provvedimenti di rinvio a giudizio rilevano come causa di esclusione non automatica per i reati dell'articolo 94 ma non per i reati dell'articolo 98. Ciò, nonostante il comma 3 dello stesso articolo 98 attribuisca rilevanza ostativa sia ai reati contestati che a quelli accertati con sentenza definitiva. Inoltre, con riferimento alla sentenza di patteggiamento, si evidenzia che la stessa è stata correttamente espunta come causa di esclusione automatica per i reati dell'articolo 94, per conformarsi alle modifiche introdotte dalla legge Cartabia. Tuttavia, ciò è avvenuto senza distinguere se siano state previste o meno pene accessorie. Tale distinzione è necessaria in quanto la previsione di pene accessorie equipara la sentenza di patteggiamento ad una sentenza di condanna e quindi ne imporrebbe la rilevanza come causa ostativa. Per contro, la rilevanza ostativa della sentenza di patteggiamento non irrevocabile è stata mantenuta per i reati dell'articolo 94 (come causa di esclusione non automatica) anche in assenza della previsione di pene accessorie, nonostante l'articolo 445, comma 1-bis, CPP, preveda che «<i>se non sono applicate pene accessorie, non producono effetti le disposizioni di leggi diverse da quelle penali che equiparano la sentenza prevista dall'art. 444, comma 2, alla sentenza di condanna</i>».</p>
2	Art. 100, comma 5, Requisiti di ordine speciale	Rilevata discrasia tra la disposizione dell'articolo 100, comma 5, lett. b) e l'articolo 96, in ordine alla rilevanza temporale delle cause di esclusione	<p>L'articolo 100, comma 5, individua il termine massimo di rilevanza delle cause di esclusione ai fini del diniego o della decadenza dell'attestazione nel triennio antecedente la data della domanda di rilascio o di rinnovo dell'attestazione, mentre l'articolo 96 individua, per alcune cause di esclusione dell'articolo 95, un periodo superiore (in perpetuo, sette anni e cinque anni).</p> <p>In tal modo, si viene a determinare una diversa rilevanza delle medesime cause di esclusione a seconda che le stesse rilevino ai fini della partecipazione alle gare o ai fini del conseguimento dell'attestazione di qualificazione. Tale differente rilevanza determina però la possibilità che l'operatore economico consegua un'attestazione non spendibile in gara e, quindi, di fatto inutile. I due ambiti dovrebbero essere coordinati.</p>
3	Art. 103, Requisiti di partecipazione a procedure di lavori di rilevante importo	Discrasia tra l'art. 103 e l'art. 2 dell'All.II.1	<p>Si rileva una discrasia tra l'articolo 103 del Codice dei contratti pubblici e l'articolo 2 dell'allegato II.12 per quanto concerne i requisiti per i lavori di rilevante importo. In particolare, la prima norma dà alla stazione appaltante la possibilità di richiedere requisiti aggiuntivi individuati in un fatturato pari a due volte l'importo a base di gara, calcolato su un periodo di cinque anni all'interno di un periodo di dieci anni. L'articolo 2, dell'allegato II.12, al comma 6, richiede invece alla stazione appaltante di accertare che il concorrente abbia maturato un fatturato pari a due volte e mezza l'importo a base di gara su un periodo di cinque anni. I requisiti da valutare devono essere coincidenti.</p>