



INCONTRO DI APPROFONDIMENTO SUL NUOVO
CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

LORIS PIERBATTISTA

27 GIUGNO 2023



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

- **dal 1° aprile al 30 giugno 2023** (applicazione transitoria del vecchio Codice; applicazione del D.Lgs. n. 50/2016 per tutti gli appalti le cui procedure sono indette fino al 30 giugno 2023 e applicazione fino alla completa esecuzione dell'appalto);
- **dal 1° luglio al 31 dicembre 2023** (applicazione di buona parte del nuovo Codice, salve le norme su digitalizzazione/trasparenza/accesso, ecc. e applicazione in via ancora transitoria di alcune norme del D.Lgs. n. 50/2016);
- **dal 1° gennaio 2024** (applicazione integrale del nuovo Codice).

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

☐ **229 articoli**

☐ **38 allegati** in cui è contenuta la disciplina di dettaglio di natura “*regolamentare*”

- **Libro I: Dei principi, della digitalizzazione, della programmazione e della progettazione**
- **Libro II: Dell'appalto**
- **Libro III: Dell'appalto nei settori speciali**
- **Libro IV: Delle concessioni e del partenariato pubblico-privato**
- **Libro V: Del contenzioso e dell'Autorità nazionale anticorruzione. Disposizioni finali e transitorie**

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

Articolo 225 - Disposizioni transitorie e di coordinamento

9. A decorrere dalla data in cui il Codice acquista efficacia ai sensi dell'art. 229, co. 2, **le disposizioni di cui all'art. 23 del Codice dei contratti pubblici**, di cui al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, continuano ad applicarsi ai procedimenti in corso. A tal fine, per **procedimenti in corso** si intendono le procedure per le quali è stato **formalizzato** l'incarico di progettazione alla data in cui il Codice acquista efficacia.

Nel caso in cui l'incarico di redazione del progetto di fattibilità tecnico economica sia stato formalizzato prima della data in cui il Codice acquista efficacia, la stazione appaltante **può procedere all'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione dei lavori sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica** oppure sulla base di un progetto definitivo redatto ai sensi dell'art. 23 del Codice dei contratti pubblici, di cui Decreto Legislativo n. 50 del 2016.

- Se l'incarico per il PFTE risulta già formalizzato al 1° luglio 2023 è possibile appalto integrato sulla base del PFTE (o su definitivo se già completato).
- Essendo il bando pubblicato dal 1° luglio 2023 esso deve essere redatto in aderenza al D.Lgs. n. 36/2023.

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

Articolo 226 - Abrogazioni e disposizioni finali

1. Il Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, è abrogato dal 1° luglio 2023.
2. **A decorrere dalla data in cui il Codice acquista efficacia ai sensi dell'art. 229, co. 2, le disposizioni di cui al D.Lgs. n. 50 del 2016 continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso.** A tal fine, per procedimenti in corso si intendono:
 - a) le procedure e i contratti per i quali i **bandi** o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente **siano stati pubblicati prima della data in cui il Codice acquista efficacia**;
 - b) in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, le procedure e i contratti in relazione ai quali, alla data in cui il Codice acquista efficacia, **siano stati già inviati gli avvisi a presentare le offerte**;
 - c) per le opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione, oggetto di convenzioni urbanistiche o atti assimilati comunque denominati, i procedimenti in cui le predette convenzioni o atti siano stati stipulati prima della data in cui il Codice acquista efficacia;
 - d) per le procedure di accordo bonario di cui agli articoli 210 e 211, di transazione e di arbitrato, le procedure relative a controversie aventi a oggetto contratti pubblici, per i quali i bandi o gli avvisi siano stati pubblicati prima della data in cui il Codice acquista efficacia, ovvero, in caso di mancanza di pubblicazione di bandi o avvisi, gli avvisi a presentare le offerte siano stati inviati prima della suddetta data.

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

Articolo 226 - Abrogazioni e disposizioni finali

4. Fermo restando quanto previsto dall'art. 225, è **abrogato dal 1° gennaio 2024 il Decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti 2 dicembre 2016, pubblicato nella G.U. della Repubblica Italiana n. 20 del 25 gennaio 2017.**
5. **Ogni richiamo in disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti al Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, o al Codice dei contratti pubblici vigente alla data di entrata in vigore del Codice, si intende riferito alle corrispondenti disposizioni del Codice o, in mancanza, ai principi desumibili dal Codice stesso.**

Se devo applicare una norma che è nata con il decreto 50 dopo il primo luglio devo aggiornare i riferimenti. In tema di rotazione Non sarà più corretto il riferimento per esempio all'art. 36 del decreto 50 ma all'articolo 49 del D.Lgs. n. 36/2023.

Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36 - Procedure sotto soglia

Legge 21 giugno 2022, n. 78 “Delega al Governo in materia di contratti pubblici”

e) semplificazione della disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, nel rispetto dei principi di pubblicità, di trasparenza, di concorrenzialità, di rotazione, di non discriminazione, di proporzionalità, nonché di economicità, di efficacia e di imparzialità dei procedimenti e della specificità dei contratti nel settore dei beni culturali, nonché previsione del divieto per le stazioni appaltanti di utilizzare, ai fini della selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate;

LIBRO II - DELL'APPALTO

PARTE I - DEI CONTRATTI DI IMPORTO INFERIORE ALLE SOGLIE EUROPEE

Articolo 48 - Disciplina comune applicabile ai contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea

Articolo 49 - Principio di rotazione degli affidamenti

Articolo 50 - Procedure per l'affidamento

Articolo 51 - Commissione giudicatrice

Articolo 52 - Controllo sul possesso dei requisiti

Articolo 53 - Garanzie a corredo dell'offerta e garanzie definitive

Articolo 54 - Esclusione automatica delle offerte anomale

Articolo 55 - Termini dilatori

Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36 - Procedure sotto soglia

Articolo 48 - Disciplina comune applicabile ai contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea

1. L'affidamento e l'esecuzione dei contratti aventi per oggetto lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si svolgono nel rispetto dei principi di cui al Libro I, Parti I e II.

2. Quando per uno dei contratti di cui al comma 1 la stazione appaltante **accerta l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo**, segue le procedure ordinarie di cui alle Parti seguenti del presente Libro.

Nota: Nella fascia di importo dell'affidamento diretto la concorrenza viene sostanzialmente azzerata in quanto funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti e viene compensata ma in parte dal principio di rotazione. **La disciplina dell'affidamento diretto è quella più rappresentativa di questa nuova configurazione tra concorrenza e risultato e del principio della fiducia.** È buona prassi nel provvedimento di affidamento diretto dare atto che il presente affidamento realizza il principio del risultato con la massima tempestività.

Attenzione all'interesse transfrontaliero certo (*Consistenza appalto in combinazione con il, particolare luogo di esecuzione o specifiche caratteristiche tecniche*); il primo paragrafo della determina deve legittimare l'applicazione dell'affidamento sotto-soglia.

Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36 - Procedure sotto soglia

Articolo 48 - Disciplina comune applicabile ai contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea

3. Restano fermi gli obblighi di utilizzo degli strumenti di acquisto e di negoziazione previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa (*ndr: in particolare, art. 26, l. n. 488/1999; l. n. 296/2006; l. n. 135/2012*).
4. Ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea **si applicano, se non derogate dalla presente Parte, le disposizioni del Codice.**

Spending review

Art. 1, co. 450, L. n. 296/2006

450. **Le Amministrazioni statali centrali e periferiche**, ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, nonché gli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale pubblici e le agenzie fiscali di cui al Decreto Legislativo 30 luglio 1999, n. 300, per gli acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore a 5.000 euro e al di sotto della soglia di rilievo comunitario, sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della Pubblica Amministrazione di cui all'articolo 328, comma 1, del Regolamento di cui al DPR 5 ottobre 2010, n. 207. Fermi restando gli obblighi e le facoltà previsti al comma 449 del presente articolo, **le altre Amministrazioni Pubbliche** di cui all'articolo 1 del Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché le autorità indipendenti, per gli acquisti di beni e **servizi di importo pari o superiore a 5.000 euro e di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario** sono tenute a fare ricorso al **mercato elettronico della Pubblica Amministrazione** ovvero ad **altri mercati elettronici** istituiti ai sensi del medesimo articolo 328 ovvero al **sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle relative procedure.**

Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36 - Procedure sotto soglia

Articolo 49 - Principio di rotazione degli affidamenti

1. Gli affidamenti di cui alla presente Parte avvengono nel rispetto del principio di rotazione.
2. In applicazione del principio di rotazione è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente **nei casi in cui due consecutivi affidamenti** abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi.
3. La stazione appaltante **può ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico**. In tale caso il divieto di affidamento o di aggiudicazione si applica con riferimento a ciascuna fascia, fatto salvo quanto previsto dai commi 4, 5 e 6.
4. **In casi motivati con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto**, il contraente uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto.

***Nota:** Saltare un turno non rimanere fuori tre anni; il comma 4 regola la deroga – in casi motivati Non è sufficiente la mera corretta esecuzione del precedente contratto (già leggendo la norma si capisce che non sono presupposti alternativi ma concorrenti tra loro)*

Articolo 49 - Principio di rotazione degli affidamenti

Relazione illustrativa

La disposizione, rispetto alla disciplina delle Linee guida ANAC n. 4, risulta innovativa nella parte in cui, a determinate condizioni, consente di reinvitare l'uscente alla successiva procedura negoziata mentre, in riferimento agli affidamenti diretti, riproduce sostanzialmente la disciplina di cui al punto 3.7 delle Linee guida. Analogamente a quanto previsto dal citato punto 3.7, è da ritenere che, ai fini della deroga al principio di rotazione, **i requisiti previsti dal comma 4 dell'art. 49 debbano essere concorrenti e non alternativi tra loro.**

Pertanto non è sufficiente ai fini della deroga la mera "accurata esecuzione del precedente contratto".

Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36 - Procedure sotto soglia

Esempio di schema

per servizi e forniture:

1) fino a 4.999 euro

2) da 5.000 euro fino a 39.999 euro

3) da 40.000 euro fino a 139.999 euro

4) da 140.000 euro fino a 214.999 euro

Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36 - Procedure sotto soglia

Per gli appalti di servizi dell'allegato IX (soglia 750.000 euro)

5) da 215.000 euro a 500.000 euro

6) Da 500.001 euro a 749.999 euro

ALLEGATO II.14 - Direzione dei lavori e direzione dell'esecuzione dei contratti. Modalità di svolgimento delle attività della fase esecutiva. Collaudo e verifica di conformità

Articolo 32 - Servizi e forniture di particolare importanza

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

Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36 - Procedure sotto soglia

Per i lavori si potrebbe utilizzare il seguente schema:

per lavori:

- 1) fino a 39.999 euro
- 2) da 40.000 euro a 149.999 euro;
- 3) da 150.000 euro fino a 309.600 euro (classifica I incrementata di un quinto);
- 4) da 309.601 euro fino a 619.200 euro (classifica II incrementata di un quinto);
- 5) da 619.201 euro fino a 1.239.600 euro (classifica III incrementata di un quinto);
- 6) da 1.239.601 € fino a 1.800.000 euro (classifica III-bis incrementata di un quinto);

....

[si possono prevedere ulteriori classifiche fino a 5.381.999 euro]

Articolo 49 - Principio di rotazione degli affidamenti

5. Per i contratti affidati con le procedure di cui all'articolo 50, comma 1, lettere c), d) ed e), le stazioni appaltanti **non applicano** il principio di rotazione **quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata.**

6. È comunque consentito derogare all'applicazione del principio di rotazione per gli affidamenti diretti di **importo inferiore a 5.000 euro.**

Nota: sorprende che non sia stata riproposto l'obbligo della sintetica motivazione

Principio di rotazione degli affidamenti

Non si applica:

- ❖ nel caso di procedure ordinarie su bando o negoziate «**di tipo aperto**» (quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata);
- ❖ nel caso in cui l'importo del nuovo affidamento ricada in una fascia di importo diversa rispetto a quello precedente (**a condizione che il regolamento interno preveda la suddivisione in fasce di importo**);
- ❖ nel caso in cui l'oggetto del contratto ricada in un settore merceologico o categorie di opere diverso.

Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36 - Procedure sotto soglia

Principio di rotazione degli affidamenti

Può essere derogata:

- ❖ per importi infra 5.000 euro

Può essere motivatamente derogata:

- ❖ per importi pari o superiori a 5.000 euro: con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto (presupposti concorrenti e non alternativi)

Esempi:

- unicità dell'operatore economico (infungibilità, esclusività, art. 76, co. 2, lett. b), del nuovo Codice);
 - forniture complementari (art. 76, co. 4, lett. b), del nuovo Codice);
 - prestazioni supplementari (art. 120, co. 1, lett. b), del nuovo Codice);
 - urgenza che non consente alcun indugio (art. 76, co. 2, lett. c), del nuovo Codice).
- Servizi alla persona (art. 128, commi 3 e 8, del nuovo Codice)

Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36 - Procedure sotto soglia

ALLEGATO I.1 - Definizioni dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli strumenti

Articolo 3 - Definizioni delle procedure e degli strumenti

d) “**affidamento diretto**”, l'affidamento del contratto senza una procedura di gara, nel quale, anche nel caso di previo interpello di più operatori economici, la scelta è operata discrezionalmente dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, nel rispetto dei criteri qualitativi e quantitativi di cui all'art. 50, co. 1, lettere a) e b), del Codice e dei requisiti generali o speciali previsti dal medesimo Codice;

h) “**procedure negoziate**”, le procedure di affidamento in cui le stazioni appaltanti e gli enti concedenti consultano gli operatori economici da loro scelti e negozano con uno o più di essi le condizioni del contratto;

***Interpello** (non si traduce in uno schema di gara in senso stretto) **≠ consultazione di operatori economici** (si traduce in una gara in cui occorre definire il criterio di aggiudicazione)*

Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36 - Procedure sotto soglia

Articolo 50 - Procedure per l'affidamento

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

- a) **affidamento diretto** per lavori di importo inferiore a 150.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate **esperienze pregresse idonee** all'esecuzione delle prestazioni contrattuali anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante;
- b) **affidamento diretto** dei servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 140.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante;

*Nota: Il comma 1 pone una prima questione. Si tratta di procedure tassative che non consentono l'autovincolo? Troviamo infatti procedono **ma non c'è scritto esclusivamente**.*

Relazione illustrativa

La preferenza per il richiamo a “**esperienze idonee**” piuttosto che a “**esperienze analoghe**” attiene alla scelta di ampliare il margine valutativo della stazione appaltante, che può apprezzare attività precedenti dell’operatore economico in ambiti anche non strettamente analoghi all’oggetto della gara ma tuttavia idonei a garantire la buona riuscita dell’affidamento.

Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36 - Procedure sotto soglia

MIT – Parere n. 987/2021

Affidamento diretto - Richiesta comprova esperienze analoghe

Quesito

Si richiede il parere di codesto Servizio in ordine alla modifica apportata in sede di conversione all'art. 51, co. 1, lett. a), del D.L. n. 77/2016, avente ad oggetto la richiesta agli operatori economici di documentare "esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento" ai fini dell'affidamento diretto. **Il riferimento è da intendersi al possesso di una particolare capacità tecnica ai sensi dell'art. 83 del Codice dei contratti?** Riguarda tutti gli affidamenti diretti disposti dalla stazione appaltante di importo inferiore a 139.000,00 euro oppure la modifica è da riferirsi ai contratti di importo compreso tra i 75.000,00 e i 139.000,00 euro?

Risposta

In base a quanto previsto dall'art. 1, co. 2, lett. a), del D.L. n. 77/2021, come modificato dalla Legge n. 108/2021, occorre che i soggetti affidatari siano "in possesso di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento", comunque nel rispetto del principio di rotazione. **Appare corretto il riferimento ai requisiti di capacità tecnica e professionale di cui all'art. 83, co. 1, lett. c).** La disposizione novella espressamente l'art. 1, co. 2, lett. a), del D.L. n. 77/2021 e, dunque, per quanto riguarda i servizi, si applica a tutti gli affidamenti di importo compreso tra 0 e 139.000 euro.

Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36 - Procedure sotto soglia

Articolo 50 - Procedure per l'affidamento

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

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

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

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

MIT, Parere 24/09/2020, n. 735

Quesito: D.L. «Semplificazioni». Ricorso a procedure ordinarie

A seguito dell'entrata in vigore e successiva conversione in legge del D.L. 16/07/2020, n. 76, si chiede di conoscere:

a) se le modalità di affidamento degli appalti in deroga all'art. 36, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016, previste dall'art. 1, comma 2, del Decreto, siano da intendersi come obbligatorie o come facoltative, residuando in quest'ultimo caso **la facoltà per la stazione appaltante di fare comunque ricorso alle procedure ordinarie (procedure aperte);**

b) in caso di possibilità di ricorso alle procedure ordinarie, se a tali procedure siano applicabili le disposizioni derogatorie di cui ai commi 3 e 4 del prefato art. 1.

MIT, Parere 24/09/2020, n. 735

Quesito: D.L. «Semplificazioni». Ricorso a procedure ordinarie

Risposta

Con riferimento a quanto richiesto si rappresenta che il Decreto «Semplificazioni», convertito con Legge n. 120/2020 prescrive l'applicazione delle procedure enucleate all'art. 1, comma 2, del richiamato Decreto. **Non si tratta di una disciplina facoltativa; le nuove procedure sostituiscono infatti, fino al 31 dicembre 2021, quelle contenute all'art. 36 del D.Lgs. n. 50/2016.** Si tratta di procedure di affidamento più snelle e "semplificate", introdotte nell'ottica di rilanciare gli investimenti ed accelerare gli affidamenti pubblici.

Tenendo conto di tale finalità, cui è sotteso il nuovo assetto normativo in materia di contratti pubblici, **si ritiene che non sia comunque precluso il ricorso alle procedure ordinarie, in conformità ai principi di cui all'art. 30 del D.Lgs. n. 50/2016, a condizione che tale possibilità non sia utilizzata per finalità dilatorie.**

Gli affidamenti dovranno avvenire comunque nel rispetto dei tempi previsti dal nuovo Decreto e potranno essere utilizzate le semplificazioni procedurali introdotte. In tal caso, si consiglia di dar conto di tale scelta mediante motivazione. Con riferimento alla seconda domanda, si ritiene che i commi 3 e 4 dell'art. 1 si applichino laddove siano utilizzate le procedure previste al comma 2

Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36 - Procedure sotto soglia

MIT – Parere 30 marzo 2021, n. 893

Decreto «Semplificazioni» - Importo entro soglie di cui all'art. 1, co. 2, lett. a), L. n. 120/2020. Ammissibilità ricorso procedura negoziata

Quesito

Con precedente parere n. 735 del 24/09/2020, codesto Servizio ha già provveduto a chiarire che: 1. la disciplina delle procedure sotto-soglia di cui all'art. 1, L. n. 120/2020, non ha carattere facoltativo ma si sostituisce, fino al 31/12/2021, a quella contenuta all'art. 36, co. 2, D.Lgs. n. 50/2016; 2. resta ferma la facoltà di ricorrere, in alternativa alla disciplina di cui all'art. 1, L. n. 120/2020, alle procedure ordinarie, purchè ciò non abbia un intento dilatorio. Si chiede, pertanto, se entro i limiti di importo per i quali l'art. 1, co. 2, lett. a), L. n. 120/2020, prevede l'affidamento diretto, **rientri nella facoltà della stazione appaltante anche il ricorso alla procedura negoziata mediante consultazione di operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o elenchi precostituiti**. In caso positivo, si chiede anche di voler precisare la procedura cui fare riferimento, escludendosi l'applicabilità dell'art. 36, co. 2, lett. b), D.Lgs. n. 50/2016 (in quanto temporaneamente derogata), anche in considerazione della previsione per i lavori di soglie di importo precise e determinate nella disciplina stabilita all'art. 1, co. 2, lett. b), L. n. 120/2020.

Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36 - Procedure sotto soglia

MIT – Parere 30.03.2021, n. 893

Decreto «Semplificazioni» - Importo entro soglie di cui all'art. 1, co. 2, lett. a), L. n. 120/2020. Ammissibilità ricorso procedura negoziata

Risposta

Con riferimento a quanto richiesto, si è già rappresentato nel parere richiamato, che il Decreto «Semplificazioni», convertito con Legge n. 120/2020 **prescrive** l'applicazione delle procedure enucleate all'art. 1, co. 2, della richiamata Legge, derogando espressamente all'art. 36, secondo comma, del Codice. Si tratta di procedure di affidamento più snelle e "semplificate", temporanee ma non facoltative, introdotte nell'ottica di rilanciare gli investimenti ed accelerare gli affidamenti pubblici, nell'attuale fase emergenziale. Ciò premesso, tenuto conto dei principi di cui all'art. 30 del Codice, **qualora la SA ravvisi specifiche ragioni, in virtù delle quali ritenga necessario procedere tramite procedure maggiormente concorrenziali, ovvero avviare il confronto competitivo con un numero maggiore di operatori economici, si ritiene che ciò sia consentito.**

Con riferimento al secondo quesito posto, le procedure negoziate sotto-soglia sono disciplinate all'art. 1, lett. b), della L. n. 120/2020 e, **dunque, seguono tali regole.** Nel caso di utilizzo della procedura di cui all'art. 1, co. 2, lett. b), della L. n. 120/2020 in luogo dell'affidamento diretto ex art. 1, co. 2, lett. a), **si consiglia di dar conto di tale scelta nella motivazione.** Si ritiene, inoltre, che la stazione appaltante **sarà comunque tenuta al rispetto dei termini scanditi dal D.L. «Semplificazioni» legati alla fascia di importo dell'affidamento** (due mesi nel caso di affidamenti di lavori importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture di importo inferiore a 75.00), nel rispetto della *ratio* sottesa alla L. n. 120/2020 che impone il rispetto di precise tempistiche.

Articolo 50 - Procedure per l'affidamento

Relazione illustrativa

Condivisibile è la scelta, nel riferimento alle procedure negoziate senza bando (comma 1, lettere c), d) ed e)), di non accompagnarle, come invece avveniva nell'art. 1, co. 2, del D.L. n. 76 del 2020, dal richiamo all'art. 63 del D.Lgs. n. 50/2016; neppure si è rinviato alla norma che nel nuovo Codice disciplinerà la procedura negoziata nel soprasoglia.

Tale richiamo sarebbe infatti risultato inutile e anche foriero di incertezze, poiché la procedura negoziata sottosoglia è normata dalla disposizione in esame sia con riferimento ai presupposti che alle modalità di svolgimento, così che il richiamo stesso potrebbe ingenerare il dubbio, privo di fondamento, che siano altresì necessarie le ulteriori condizioni legittimanti proprie del soprasoglia.

Il comma 1, lett. d), prevede che, in ipotesi di lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie europee, la stazione appaltante, in luogo del ricorso alla procedura negoziata senza bando, possa utilizzare le procedure ordinarie, ~~«previa adeguata motivazione»~~.

Pur consapevole dell'esistenza di tesi diverse ritengo ammissibile l'autovincolo purché non vada a discapito del risultato.

Salvo le procedure di cui alla lettera d) in tutti gli altri casi deve essere ben motivata perché se perdo il finanziamento perdo il risultato .

Art. 187 (Contratti di concessione di importo inferiore alla soglia europea)

1. Per l'affidamento dei **contratti di concessione il cui valore sia inferiore alla soglia di cui all'articolo 14, comma 1, lettera a)**, l'ente concedente può procedere mediante **procedura negoziata, senza pubblicazione di un bando di gara**, previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. Resta ferma la facoltà per l'ente concedente di affidare gli stessi contratti di concessione di importo inferiore alla soglia europea mediante le **procedure di gara disciplinate dal presente Titolo II.**

2. Ai contratti di importo inferiore alla soglia europea si applicano le norme sull'esecuzione di cui al Titolo III della presente Parte.

[Titolo III – L'esecuzione delle concessioni

Articolo 188 - Subappalto

Articolo 189 - Modifica di contratti durante il periodo di efficacia

Articolo 190 - Risoluzione e recesso

Articolo 191 - Subentro

Articolo 192 - Revisione del contratto di concessione]

Art. 179 (Soglia e metodi di calcolo del valore stimato delle concessioni)

1. Il valore di una concessione è costituito dal **fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto**, al netto dell'IVA, stimato dall'ente concedente, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi.

2. Il valore è stimato al momento dell'invio del bando di concessione o, nei casi in cui non sia previsto detto bando, al momento in cui l'ente concedente avvia la procedura di aggiudicazione della concessione. Se il valore della concessione al momento dell'aggiudicazione è superiore al valore stimato di oltre il 20%, si considera il valore della concessione al momento dell'aggiudicazione.

Articolo 50 - Procedure per l'affidamento

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

3.In sede di prima applicazione del Codice, l'allegato II.1 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente Regolamento adottato ai sensi dell'art. 17, co. 3, della Legge 23 agosto 1988, n. 400, con Decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, previo parere dell'ANAC, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al Codice.

ALLEGATO II.1 - Elenchi degli operatori economici e indagini di mercato per gli affidamenti di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea (articolo 50, commi 2 e 3, del Codice)

Articolo 1. Disposizioni generali.

1. Gli operatori economici da invitare alle procedure negoziate per l'affidamento di contratti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 e di contratti di servizi e forniture di importo pari o superiore a 140.000 euro e inferiore alle soglie di rilevanza europea di cui all'articolo 14 del codice **sono individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici**, nel rispetto del criterio di rotazione degli affidamenti di cui all'articolo 49 del codice.
2. La procedura prende avvio con la determina a contrarre ovvero con atto equivalente secondo l'ordinamento della singola stazione appaltante che contiene l'indicazione dell'interesse pubblico che si intende soddisfare, le caratteristiche delle opere, dei beni o dei servizi oggetto dell'appalto, l'importo massimo stimato dell'affidamento e la relativa copertura contabile, **la procedura che si intende seguire con una sintetica indicazione delle ragioni della scelta**, i criteri per l'individuazione degli operatori da invitare alla procedura negoziata a seguito dell'indagine di mercato o della consultazione degli elenchi, i criteri per la selezione degli operatori economici e delle offerte nonché le principali condizioni contrattuali.
3. Le stazioni appaltanti possono dotarsi, nel rispetto del proprio ordinamento, di un regolamento in cui sono disciplinate:
 - a) le modalità di conduzione delle indagini di mercato, eventualmente distinte per fasce di importo, anche in considerazione della necessità di applicare il principio di rotazione degli affidamenti;
 - b) le modalità di costituzione e revisione dell'elenco degli operatori economici, distinti per categoria e fascia di importo;
 - c) i criteri di scelta dei soggetti da invitare a presentare offerta a seguito di indagine di mercato o attingendo dall'elenco degli operatori economici propri o da quelli presenti nel mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni o in altri strumenti similari gestiti dalle centrali di committenza di riferimento.

ALLEGATO II.1 - Elenchi degli operatori economici e indagini di mercato per gli affidamenti di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea (articolo 50, commi 2 e 3, del Codice)

Articolo 2. Indagini di mercato.

1. L'indagine di mercato è preordinata a conoscere gli operatori interessati a partecipare alle procedure di selezione per lo specifico affidamento. **Tale fase non ingenera negli operatori alcun affidamento sul successivo invito alla procedura.** Le indagini di mercato sono svolte secondo le modalità ritenute più convenienti dalla stazione appaltante, differenziate per importo e complessità di affidamento, secondo i principi di adeguatezza e proporzionalità, anche tramite la consultazione dei cataloghi elettronici del mercato elettronico propri o delle altre stazioni appaltanti, nonché di altri fornitori esistenti. I risultati delle indagini sono formalizzati dalla stazione appaltante con esclusione delle informazioni che potrebbero compromettere la posizione degli operatori sul mercato di riferimento e, comunque, nel rispetto delle previsioni di cui all'articolo 35 del codice in riferimento alla tempistica prevista per la conoscibilità di alcuni dati e atti di gara.

2. La stazione appaltante assicura l'opportuna pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato, scegliendo gli strumenti più idonei in ragione della rilevanza del contratto per il settore merceologico di riferimento e della sua contendibilità. **A tal fine la stazione appaltante pubblica un avviso sul suo sito istituzionale e sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC. La durata della pubblicazione è stabilita in ragione della rilevanza del contratto, per un periodo minimo identificabile in quindici giorni, salva la riduzione del suddetto termine per motivate ragioni di urgenza a non meno di cinque giorni.**

3. L'avviso di avvio dell'indagine di mercato indica il valore dell'affidamento, gli elementi essenziali del contratto, i requisiti di idoneità professionale, i requisiti minimi di capacità economica e finanziaria e le capacità tecniche e professionali richieste ai fini della partecipazione, il numero minimo ed eventualmente massimo di operatori che saranno invitati alla procedura, i criteri di selezione degli operatori economici, le modalità per comunicare con la stazione appaltante. **Nel caso in cui sia previsto un numero massimo di operatori da invitare, l'avviso di avvio dell'indagine di mercato indica anche i criteri utilizzati per la scelta degli operatori.** Tali criteri devono essere oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza. Il sorteggio o altri metodi di estrazione casuale dei nominativi sono consentiti solo in casi eccezionali in cui il ricorso ai criteri di cui al terzo periodo è impossibile o comporta per la stazione appaltante oneri assolutamente incompatibili con il celere svolgimento della procedura; tali circostanze devono essere esplicitate nella determina a contrarre (o in atto equivalente) e nell'avviso di avvio dell'indagine di mercato.

Indagini di mercato per gli affidamenti di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea

Delibera ANAC n. 747/2020: “in ragione della natura esplorativa dell’avviso di indagine di mercato, è stato precisato che la dimostrazione sulla qualificazione del concorrente debba avvenire dopo la presentazione delle offerte (Cons. Stato, sez. IV, 21 settembre 2015, n. 4409) **e che l’operatore economico, in assenza di diversa prescrizione nella lex specialis, non è tenuto a possedere i requisiti al tempo della presentazione della manifestazione di interesse** (Delibera ANAC n. 413 del 08/05/2019; Delibera ANAC N. 1150 del 12 dicembre 2018, n. 1150)”;

Delibera ANAC n. 158/2021 Manifestazione di interesse; Possesso requisiti -- in assenza di diversa prescrizione nella lex specialis, non è tenuto a possedere i requisiti al tempo della presentazione della manifestazione di interesse (Delibera ANAC n. 747 del 30 settembre 2020; Delibera ANAC n. 413 del 08/05/2019; Delibera ANAC N. 1150 del 12 dicembre 2018);

Delibera ANAC n. 491/2022 In ragione della natura esplorativa dell’avviso di indagine di mercato, la dimostrazione del possesso della qualificazione del concorrente deve avvenire dopo la presentazione delle offerte e l’operatore economico, non è tenuto a possedere i requisiti al tempo della presentazione della manifestazione di interesse, salvo diversa prescrizione nella lex specialis.

Delibera ANAC n. 103/2023 *Operatore indica in fase di manifestazione di interesse che si avvarrà di una ditta; in fase di gara si avvale di altra ditta:*

Nulla osta in considerazione della espressa previsione contenuta nell’avviso esplorativo che demandava la verifica dei requisiti generali e speciali al momento della gara -- questa Autorità (con la deliberazione n. 491 del 19.10.2022 e la n. 747 del 30.9.2020) ha affermato che “in ragione della natura esplorativa dell’avviso di indagine di mercato, è stato precisato che la dimostrazione sulla qualificazione del concorrente debba avvenire dopo la presentazione delle offerte (Cons. Stato, sez. IV, 21 settembre 2015, n. 4409) **e che l’operatore economico, in assenza di diversa prescrizione nella lex specialis, non è tenuto a possedere i requisiti al tempo della presentazione della manifestazione di interesse** (Delibera ANAC n. 413 del 08/05/2019; Delibera ANAC N. 1150 del 12 dicembre 2018, n. 1150)”

Delibera ANAC n. 708/2019 Manifestazione di interesse - criteri per la scelta degli operatori da invitare

«il criterio delle esperienze contrattuali registrate nei confronti dell'impresa richiedente l'invito» è stato introdotto dalla Stazione appaltante per consentire alla stessa di selezionare, tra tutti gli operatori economici richiedenti e in possesso dell'attestazione SOA per la categoria OG3-classifica II, un numero massimo di soggetti (15) da invitare alla gara nel caso in cui i richiedenti in possesso di tale attestazione fossero stati in numero superiore a quello massimo previsto;

RILEVATO che, in ogni caso, quand'anche la richiesta di dimostrare l'esecuzione di lavori analoghi a quello oggetto di affidamento, aggiuntiva alla richiesta dell'attestazione SOA, possa essere considerata ammissibile ai fini dell'individuazione degli operatori economici da invitare alla gara e criterio di selezione migliore del semplice sorteggio (laddove le domande fossero superiori al limite massimo consentito), la **Stazione appaltante avrebbe dovuto esplicitare i criteri in base ai quali sarebbe stata compiuta la valutazione discrezionale al fine di eliminare la possibilità di decisioni arbitrarie proprio in danno ai principi di non discriminazione, parità di trattamento e proporzionalità richiamati nell'avviso pubblico;**

Delibera ANAC n. 26/2021 Manifestazione di interesse - criteri per la scelta degli operatori da invitare

CONTENUTO DELL'AVVISO:

Costituisce criterio premiale **“Esecuzione di lavori analoghi a quelli oggetto del contratto da affidare realizzati nei 5 anni precedenti all'avvio della procedura nello specifico settore e categoria OG8** calcolati dalla data di ultimazione dei lavori, da documentare mediante la produzione di certificati di esecuzione rilasciati dalle stazioni appaltanti competenti all'esecuzione degli interventi in materia di difesa del suolo e assetto idrogeologico [...] con l'attribuzione di un punteggio massimo di 30 punti per i lavori analoghi (medesima categoria SOA) eseguiti per conto degli ex Servizi Tecnici di Bacino della Regione Emilia Romagna ora Servizi incardinati nell'Agenzia Regionale per la Sicurezza Territoriale e la Protezione Civile; e 6 punti massimi per i lavori analoghi eseguiti per conto di altre Stazioni Appaltanti operanti sul territorio nazionale con competenze in materia di difesa del suolo e assetto idrogeologico”.

Costituisce altresì, ulteriore criterio premiale quello previsto alla lettera c) ovvero la distanza chilometrica della sede legale e/o della sede operativa, quest'ultima costituita da almeno 6 mesi, dell'operatore economico, risultante dal certificato C.C.I.A.A., rispetto al luogo di esecuzione dei lavori con l'attribuzione di un punteggio massimo di 20 punti in caso di ubicazione inferiore a 10 km, 10 punti per una distanza compresa tra 40 km e 80 km, 5 punti per una distanza compresa tra 80 km e 100 km, ed infine 1 punto per una distanza superiore.

Delibera ANAC n. 26/2021 Manifestazione di interesse - criteri per la scelta degli operatori da invitare

Pur volendo accogliere la legittimità del criterio del pregresso svolgimento di lavori analoghi, la stazione appaltante avrebbe dovuto specificare i sotto-criteri in base ai quali compiere la valutazione circa le esperienze contrattuali pregresse, al fine di scongiurare possibili decisioni arbitrarie in danno ai principi di non discriminazione, parità di trattamento e proporzionalità (**in tal senso delibera n. 708 del 23.07.2019**).

Vieppiù, ulteriore elemento di anomalia del criterio valutativo de quo si rinviene nell'attribuzione di un maggior punteggio per le esperienze maturate presso la stazione appaltante ovvero presso gli ex Servizi tecnici regionali di Bacino oggi incardinati nell'Agenzia Regionale per la Sicurezza Territoriale e la Protezione Civile.

Tale criterio prevedendo un trattamento maggiormente premiale nei confronti delle imprese già operanti con la committente, violerebbe, infatti, il principio di concorrenza e di parità di trattamento degli operatori economici, ed in particolare l'articolo 30 del D.lgs n. 50/2016, secondo cui: "le Stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificiosamente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici". Tale criterio introduce, dunque, in via surrettizia, un requisito di carattere territoriale poiché favorisce maggiormente le imprese operanti sul territorio.

Delibera ANAC n. 26/2021 Manifestazione di interesse - criteri per la scelta degli operatori da invitare

Ulteriore criterio di territorialità nella selezione degli operatori viene rinvenuto nell'attribuzione di un punteggio maggiore per gli operatori aventi sede legale/operativa più prossima al luogo di esecuzione dei lavori.

Tale previsione comporta una selezione basata sulla vicinitas territoriale dell'impresa, ed in quanto tale, restrittivo della concorrenza e lesivo dei principi di non discriminazione e parità di trattamento degli operatori economici, poiché, di fatto, limita l'accesso alla procedura ai soggetti già operanti sul territorio. Tale disposizione, dunque, si pone in contrasto con quanto previsto dall'articolo 30 del D.lgs. 50/2016 secondo cui le amministrazioni nell'affidamento degli appalti garantiscono i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, ed in particolare non possono limitare in alcun modo artificialmente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici. C

ALLEGATO II.1 - Elenchi degli operatori economici e indagini di mercato per gli affidamenti di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea (articolo 50, commi 2 e 3, del Codice)

Articolo 3. Elenchi di operatori economici.

1. In alternativa all'indagine di mercato, la stazione appaltante può individuare gli operatori economici da invitare, selezionandoli da elenchi appositamente costituiti secondo le modalità indicate nelle seguenti disposizioni e nel regolamento di cui all'articolo 1, comma 3. Gli elenchi sono costituiti a seguito di avviso pubblico, nel quale è rappresentata la volontà della stazione appaltante di realizzare un elenco di soggetti da cui possono essere tratti i nomi degli operatori da invitare. L'avviso di costituzione di un elenco di operatori economici è reso conoscibile mediante pubblicazione sul sito istituzionale della stazione appaltante e sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC. L'avviso indica i requisiti di carattere generale che gli operatori economici devono possedere, la modalità di selezione degli operatori economici da invitare, le categorie e fasce di importo in cui l'amministrazione intende suddividere l'elenco e gli eventuali requisiti minimi richiesti per l'iscrizione, parametrati in ragione di ciascuna categoria o fascia di importo. L'operatore economico può richiedere l'iscrizione limitata a una o più fasce di importo, ovvero a singole categorie. La dichiarazione del possesso dei requisiti può essere facilitata tramite la predisposizione di formulari standard da parte dell'amministrazione allegati all'avviso pubblico. L'eventuale possesso dell'attestato di qualificazione SOA per la categoria dei lavori oggetto dell'affidamento è sufficiente per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale richiesti.

2. L'iscrizione agli elenchi degli operatori economici interessati provvisti dei requisiti richiesti è consentita senza limitazioni temporali. L'operatore economico attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. L'operatore economico è tenuto a informare tempestivamente la stazione appaltante delle eventuali variazioni intervenute nel possesso dei requisiti secondo le modalità fissate dalla stessa. La stazione appaltante procede alla valutazione delle istanze di iscrizione nel termine di trenta giorni dalla ricezione dell'istanza, fatta salva la previsione di un maggiore termine, non superiore a novanta giorni, in funzione della numerosità delle istanze pervenute. Il mancato diniego nel termine prescritto equivale ad accoglimento dell'istanza di iscrizione.

ALLEGATO II.1 - Elenchi degli operatori economici e indagini di mercato per gli affidamenti di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea (articolo 50, commi 2 e 3, del Codice)

Articolo 3. Elenchi di operatori economici.

3. La stazione appaltante stabilisce le modalità di revisione dell'elenco, con cadenza prefissata – ad esempio semestrale – o al verificarsi di determinati eventi e, comunque, provvede alla cancellazione degli operatori che abbiano perduto i requisiti richiesti o alla loro collocazione in diverse sezioni dell'elenco. La trasmissione della richiesta di conferma dell'iscrizione e dei requisiti può avvenire via PEC e, a sua volta, l'operatore economico può darvi riscontro tramite PEC. Possono essere esclusi dall'elenco quegli operatori economici che non presentano offerte a seguito di tre inviti nel biennio. Gli elenchi, non appena costituiti, sono pubblicati sul sito web della stazione appaltante.

4. La scelta degli operatori da invitare alla procedura negoziata deve essere effettuata secondo criteri oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza. Il sorteggio o altri metodi di estrazione casuale dei nominativi sono consentiti solo in casi eccezionali in cui il ricorso ai criteri di cui al primo periodo è impossibile o comporta per la stazione appaltante oneri assolutamente incompatibili con il celere svolgimento della procedura. I criteri di selezione degli operatori da invitare alla procedura negoziata sono indicati nella determina a contrarre o in altro atto equivalente

Articolo 50 - Procedure per l'affidamento

4. Per gli **affidamenti di cui al comma 1, lettere c), d) ed e)**, le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei relativi appalti sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa oppure, del prezzo più basso **ad eccezione delle ipotesi di cui all'articolo 108, comma 2.**

- *Negli affidamenti diretti, non essendo configurabile una procedura di gara, non sono neppure applicabili i criteri di aggiudicazione previsti solo per le procedure negoziate oppure ordinarie*
- *Né è confermata la previsione dell'art. 54, co. 1, in materia di esclusione automatica delle offerte anomale: «1. Nel caso di aggiudicazione, con il criterio del prezzo più basso, di contratti di appalto di lavori o servizi di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea che non presentano un interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti, in deroga a quanto previsto dall'articolo 110, prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultano anomale, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque. **Il primo periodo non si applica agli affidamenti di cui all'articolo 50, comma 1, lettere a) e b).** In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.*

Articolo 108 - Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture

2. Sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo:

- a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti dall'articolo 2, comma 1, lettera e), dell'allegato I.1;
- b) i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 140.000 euro;
- c) i contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a 140.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo;
- d) gli affidamenti in caso di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione;
- e) gli affidamenti di appalto integrato;**
- f) i contratti relativi ai lavori caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o con carattere innovativo.**

Articolo 31, co.7, lettera c), Allegato I.7: Categorie SIOS: categorie di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica

Articolo 40, co.2, lettera f), punto 9, dell'Allegato I.7: il computo metrico estimativo e lo schema di contratto individuino la categoria prevalente, le categorie scorporabili e subappaltabili a scelta dell'affidatario, le categorie con obbligo di qualificazione e le categorie per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, e qualora una o più di tali opere superi in valore il 15 per cento dell'importo totale dei lavori;

Procedura aperta sotto soglia – criterio di aggiudicazione

Quesito del Servizio Supporto Giuridico

Codice identificativo: 2034

Data ricezione: 06/05/2023

Argomento: **Sotto-soglia**

Oggetto: **Art. 50 D. Lgs. 36/2023 - criterio di aggiudicazione**

Quesito: In caso di procedura aperta sotto soglia, ai sensi dell'art. 50, co.1, lett. d), del D. Lgs. 36/2023, è ancora applicabile il criterio del minor prezzo?

Risposta: Con riferimento al quesito posto, va premesso che l'art. 50, comma 1, lett. d), del D. Lgs. n. 36/2023 fa salva la possibilità di ricorrere alle procedure di scelta del contraente di cui alla Parte IV del presente Libro, in particolare alla procedura aperta (art. 71). Ai sensi dell'art. 50, comma 4, del D. Lgs. n. 36/2023, per gli affidamenti di cui al comma 1, lett. c), d) ed e), le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei relativi appalti sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa oppure del prezzo più basso ad eccezione delle ipotesi di cui all'articolo 108, comma 2. Ne deriva, quindi, la possibilità per la stazione appaltante, nell'ambito di una procedura aperta, di procedere all'aggiudicazione sulla base del criterio del prezzo più basso, a condizione che non ricorra uno dei casi di cui all'art. 108, comma 2.

Articolo 50 - Procedure per l'affidamento

5. Le imprese pubbliche, per i contratti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alle soglie europee di cui all'art. 14, rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 146 a 152, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, se i contratti presentano un interesse transfrontaliero certo, deve essere conforme ai principi del Trattato sull'Unione europea a tutela della concorrenza. Gli altri soggetti di cui all'art. 141, co. 1, secondo periodo applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale deve essere conforme ai predetti principi del Trattato sull'Unione europea.

6. **Dopo la verifica dei requisiti** dell'aggiudicatario la stazione appaltante può procedere all'esecuzione anticipata del contratto; nel caso di mancata stipulazione l'aggiudicatario ha diritto al **rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori** ordinati dal direttore dei lavori e, nel caso di servizi e forniture, per le prestazioni eseguite su ordine del direttore dell'esecuzione.

*Nota: nell'ambito delle procedure sotto soglia, dopo la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario, la stazione appaltante può procedere **all'esecuzione anticipata del contratto**, anche nel caso in cui non ricorrano specifici motivi di urgenza (previsto invece in via generale dal comma 9 dell'art. 17 del codice);*

Articolo 50 - Procedure per l'affidamento

7. Per i contratti di cui alla presente Parte la stazione appaltante può sostituire il certificato di collaudo o il certificato di verifica di conformità con il certificato di regolare esecuzione, rilasciato per i lavori dal direttore dei lavori e per le forniture e i servizi dal RUP o dal direttore dell'esecuzione, se nominato. Il certificato di regolare esecuzione è emesso non oltre tre mesi dalla data di ultimazione delle prestazioni oggetto del contratto.

8. **I bandi [ndr: Art. 50, co. 1, lett. d)]** e gli avvisi di pre-informazione relativi ai contratti di cui alla presente Parte sono pubblicati a livello nazionale con le modalità di cui all'articolo 85, con esclusione della trasmissione del bando di gara all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea.

9. Con le stesse modalità di cui al comma 8 è pubblicato l'avviso sui risultati delle procedure di affidamento di cui al presente articolo (**nota: non è prevista alcuna esclusione per importi infra 40.000 €**).

Nei casi di cui alle lettere c), d) ed e) del comma 1, esso contiene anche l'indicazione dei soggetti invitati.

Nota: Nel nuovo codice scompare l'obbligo di pubblicare l'avviso di avvio. Rimane fermo l'obbligo di avviso ex post anche per appalti infra 40.000,00 €

MIT – Parere 20 dicembre 2020, n. 764

Aggravio burocratico alle procedure di acquisto ed isteresi amministrativa

Quesito

Si chiede se il seguente ragionamento sia corretto: il D.Lgs. n. 50/2016 prima dell'entrata in vigore del Decreto «Sblocca-Cantieri», prevedeva già una procedura snella ed efficace per l'effettuazione degli acquisti sotto i 40.000 € + IVA, l'affidamento diretto.

Pretendere che oltre i 1.000 €+IVA e fino a tale soglia si debba necessariamente effettuare un'RDO MePA anche ripetuta finalizzata all'acquisizione di 3 preventivi non è conforme alla norma oltre ad essere causa di possibile congestione ed isteresi amministrativa con causa di danno per l'elevato impiego di risorse umane e temporali rispetto all'importo dell'acquisto. È invece conforme alla volontà del legislatore rendere le procedure per tale fascia più snelle acquisendo un preventivo o due da ditte iscritte al MePA e, col migliore, divenire ad un affidamento diretto tramite stipula di una trattativa diretta MePA.

MIT – Parere 20 dicembre 2020, n. 764

Aggravio burocratico alle procedure di acquisto ed isteresi amministrativa

Risposta

Si rappresenta che per gli affidamenti di importo inferiore a 150.000 euro per lavori e di importo inferiore a 75.000 per servizi, il D.L. «Semplificazioni» ha previsto l'applicazione dell'affidamento diretto. **L'affidamento diretto, in quanto tale, avviene sic et simpliciter e dunque non presuppone una particolare motivazione né, tanto meno, l'esperimento di indagini di mercato.**

Non è neppure prescritto l'obbligo di richiedere preventivi.

Il legislatore, infatti, per appalti di modico importo ha previsto tali modalità di affidamento semplificate e più "snelle" al fine di addivenire ad affidamenti in tempi rapidi. Resta fermo che occorre procedere nel rispetto dei principi di cui all'art. 30 del D.Lgs. n. 50/2016. **L'eventuale confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici rappresenta comunque una best practice, salvo che ciò comporti una eccessiva dilazione dei tempi di affidamento che, invece, sarebbe in contrasto con la ratio che informa l'intero Decreto «Semplificazioni».**

Giova inoltre precisare che, **negli affidamenti diretti, non essendovi confronto competitivo, anche l'eventuale raffronto tra preventivi non presuppone l'utilizzo di un criterio di aggiudicazione.** Quanto all'eventuale richiesta di preventivi ed alle relative modalità, rientra nella discrezionalità della Stazione appaltante, competente in materia, determinare le modalità attraverso cui addivenire all'individuazione del proprio contraente diretto.

Articolo 51 - Commissione giudicatrice

1. Nel caso di aggiudicazione dei contratti di cui alla presente Parte con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, **alla commissione giudicatrice può partecipare il RUP, anche in qualità di presidente.**

Articolo 93 - Commissione giudicatrice

1. Ai fini della selezione della migliore offerta nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, è nominata una commissione giudicatrice, che, su richiesta del RUP, svolge anche attività di supporto per la verifica dell'anomalia.

2. La commissione è composta da un numero dispari di componenti, in numero massimo di cinque, esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto. Possono essere nominati componenti supplenti.

3. La commissione è presieduta da un dipendente della stazione appaltante ed è composta da suoi funzionari, in possesso del necessario inquadramento giuridico e di adeguate competenze professionali. **Della commissione giudicatrice può far parte il RUP.** In mancanza di adeguate professionalità in organico, la stazione appaltante può scegliere il Presidente e i singoli componenti della commissione anche tra funzionari di altre Amministrazioni e, in caso di documentata indisponibilità, tra professionisti esterni. Le nomine di cui al presente comma sono compiute secondo criteri di trasparenza, competenza e rotazione.

Articolo 52 - Controllo sul possesso dei requisiti

1. Nelle procedure di affidamento di cui all'art. 50, co. 1, lettere a) e b), di importo inferiore a 40.000 euro, gli operatori economici attestano con dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà il possesso dei requisiti di partecipazione e di qualificazione richiesti. La stazione appaltante verifica le dichiarazioni, **anche previo sorteggio di un campione individuato con modalità predeterminate ogni anno.**

2. Quando in conseguenza della verifica non sia confermato il possesso dei requisiti generali o speciali dichiarati, la stazione appaltante procede alla risoluzione del contratto, all'escussione della eventuale garanzia definitiva, alla comunicazione all'ANAC e alla sospensione dell'operatore economico dalla partecipazione alle procedure di affidamento indette dalla medesima stazione appaltante per un periodo da uno a 12 mesi decorrenti dall'adozione del provvedimento.

Articolo 53 - Garanzie a corredo dell'offerta e garanzie definitive

1. Nelle procedure di affidamento di cui all'art. 50, co. 1, la stazione appaltante non richiede le **garanzie provvisorie** di cui all'art. 106 salvo che, nelle procedure di cui alle lettere c), d) ed e) dello stesso comma 1, in considerazione della tipologia e specificità della singola procedura, ricorrano particolari esigenze che ne giustifichino la richiesta. Le esigenze particolari sono indicate nella decisione di contrarre oppure nell'avviso di indizione della procedura o in altro atto equivalente.

2. Quando è richiesta la garanzia provvisoria, il relativo ammontare non può superare l'1% dell'importo previsto nell'avviso o nell'invito per il contratto oggetto di affidamento.

3. La garanzia provvisoria può essere costituita sotto forma di cauzione oppure di fideiussione con le modalità di cui all'articolo 106.

4. In casi debitamente motivati è facoltà della stazione appaltante non richiedere la **garanzia definitiva** per l'esecuzione dei contratti di cui alla presente Parte oppure per i contratti di pari importo a valere su un accordo quadro. **Quando richiesta, la garanzia definitiva è pari al 5% dell'importo contrattuale.**

Articolo 93, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016

6. La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; la garanzia è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto.

(Nota: garanzia riferita al solo periodo compreso tra l'aggiudicazione e il contratto)

Articolo 106, comma 6, D.Lgs. n. 36/2023

6. La garanzia copre la mancata aggiudicazione dopo la proposta di aggiudicazione e la mancata sottoscrizione del contratto imputabili a ogni fatto riconducibile all'affidatario o conseguenti all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.

(Nota: pare che la garanzia contempli sia la mancata aggiudicazione sia la mancata sottoscrizione del contratto; a seguito del richiamo contenuto nel comma 3, dell'art. 53, valevole anche nel sottosoglia)

Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36 - Procedure sotto soglia

Articolo 54 - Esclusione automatica delle offerte anomale

1. Nel caso di aggiudicazione, con il criterio del prezzo più basso, di contratti di appalto di lavori o servizi di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea che non presentano un interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti, **in deroga a quanto previsto dall'art. 110 (ndr: verifica in contraddittorio), prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultano anomale, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque. Il primo periodo non si applica agli affidamenti di cui all'art. 50, co. 1, lettere a) e b).**

2. In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.

3. Nei casi di cui al comma 1, primo periodo, **le stazioni appaltanti indicano negli atti di gara il metodo per l'individuazione delle offerte anomale, scelto fra quelli descritti nell'allegato II.2, ovvero lo selezionano in sede di valutazione delle offerte tramite sorteggio tra i metodi compatibili dell'allegato II.2.**

4...

ALLEGATO II.2 Metodi di calcolo della soglia di anomalia per l'esclusione automatica delle offerte (articolo 54, comma 2, del Codice)

Le stazioni appaltanti individuano, ai sensi dell'articolo 54, comma 2, del codice, uno dei metodi, di seguito descritti, per il calcolo della soglia di anomalia, ai fini dell'esclusione automatica delle offerte, nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso di contratti di appalto di lavori o di servizi.

METODO A

1) Quando il numero delle offerte ammesse è pari o superiore a quindici, **la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore a una soglia di anomalia determinata**; al fine di non rendere predeterminabili dagli offerenti i parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia, il RUP o la commissione giudicatrice procedono come segue:

... *[ripropone per il calcolo i commi 2 e 2-bis dell'art. 97, del D.Lgs. n. 50/2016]*

3) **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. Lo sconto di aggiudicazione corrisposto all'impresa aggiudicataria è quello che questa stessa impresa ha presentato. In caso di pareggio tra le offerte di maggior ribasso, il vincitore è deciso con un sorteggio.

Art. 1, comma 3, l. n. 120/2020: Nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano **una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia** individuata ai sensi dell'articolo 97, commi 2, 2-bis e 2-ter, del decreto legislativo n. 50 del 2016, anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque

METODO B

1) La soglia di anomalia è determinata come segue:

a) calcolo della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del 10 per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;

b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a), esclusi quelli accantonati di cui alla lettera a);

c) calcolo della soglia come somma della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico dei ribassi di cui alla lettera b);

d) calcolo di un valore percentuale pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi di cui alla lettera a) applicato allo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b);

e) calcolo della somma di tutte le cifre, sia prima che dopo la virgola fino al secondo decimale, della somma dei ribassi di cui alla lettera a);

f) la soglia di anomalia è uguale alla soglia di cui alla lettera c):

1. decrementata del valore di cui alla lettera d), nel caso in cui il valore di cui alla lettera e) sia pari;

2. incrementata del valore di cui alla lettera d), nel caso in cui il valore di cui alla lettera e) sia dispari.

2) Tutti gli sconti pari o inferiori alla soglia di anomalia di cui al punto 1), inclusi quelli accantonati nel calcolo di cui al punto 1), lettera a), sono offerte "non anomale".

METODO B

Tra tutte le offerte “non-anomale”, la stazione appaltante individua come vincitrice l’impresa che abbia offerto lo sconto maggiore.

Lo sconto di aggiudicazione corrisposto a questa impresa aggiudicataria è pari allo sconto maggiore tra tutti quelli ammessi ed escluso quello dell’impresa aggiudicataria (c.d. “metodo del secondo prezzo”). In caso di pareggio con più offerte identiche allo sconto maggiore, il vincitore è estratto a sorte tra queste offerte e lo sconto di aggiudicazione riconosciuto è pari allo sconto offerto dall’aggiudicataria.

Descrizione del metodo del “secondo prezzo”:

una volta pervenute le offerte, espresse come sconto rispetto alla base d’asta, la stazione appaltante procede al calcolo della soglia di anomalia come indicato al punto 1) ed esclude tutte le offerte che presentino sconti superiori a tale soglia.

Dopodichè, per le offerte individuate come “non-anomale”, la stazione appaltante ordina i relativi sconti dal maggiore al minore come $s_1 > s_2 > \dots > s_N$: vince l’impresa con sconto pari a s_1 e lo sconto di aggiudicazione del contratto è pari a s_2 .

Nel caso di un pareggio tra due (o più) sconti più alti (ovvero se $s_1 = s_2$), allora l’impresa vincitrice è sorteggiata tra tutte quelle che abbiano offerto lo sconto più alto e lo sconto di aggiudicazione è pari allo sconto offerto da questa stessa impresa.

METODO C

1) L'applicazione di questo metodo richiede che, in via preliminare, la stazione appaltante abbia indicato nel bando di gara o nell'invito di partecipazione lo sconto di riferimento che rappresenta, indicativamente, la soglia di anomalia al netto di una componente randomica dipendente dagli sconti ricevuti.

Tale sconto è espresso come percentuale della base d'asta rispetto a cui le imprese formulano i loro sconti e viene individuato o tra i valori riportati nella Tabella A (in PDF) oppure discostandosi da questi e motivando la scelta in base all'esigenza di selezionare un'offerta con caratteristiche di prezzo-qualità congrue con i bisogni della stazione appaltante stessa. In questo secondo caso, la stazione appaltante applica criteri verificabili per determinare lo sconto di riferimento, confrontando i benefici di sconti maggiori con i costi di selezionare un'offerta vincitrice con qualità potenzialmente inferiore.

2) La soglia di anomalia è determinata come segue:

a) calcolo della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del 10 per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;

b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a), esclusi quelli accantonati di cui alla lettera a);

c) calcolo di un valore percentuale pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi di cui alla lettera a) applicato allo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b);

d) calcolo della somma di tutte le cifre, sia prima che dopo la virgola fino al secondo decimale, della somma dei ribassi di cui alla lettera a);

e) la soglia di anomalia è uguale allo sconto di riferimento di cui al punto 1):

1. decrementata del valore di cui alla lettera c), nel caso in cui il valore di cui alla lettera d) sia pari;
2. incrementata del valore di cui alla lettera c), nel caso in cui il valore di cui alla lettera d) sia dispari.

METODO C

3) **Tutti gli sconti superiori alla soglia di cui alla lettera e) del punto 2) sono automaticamente esclusi.** Tra le offerte non escluse, incluse quelle inizialmente accantonate per il calcolo di cui alla lettera a), la stazione appaltante individua come vincitrice quella con lo sconto maggiore. Lo sconto di aggiudicazione corrisposto all'impresa aggiudicataria è quello che questa stessa impresa ha presentato. In caso di pareggio tra le offerte di maggior ribasso, il vincitore è deciso con un sorteggio. **Se tutte le offerte presentate sono anomale, la stazione appaltante valuta l'effettiva anomalia in contraddittorio.**

Articolo 55 - Termini dilatori

1. La stipulazione del contratto avviene **entro trenta giorni dall'aggiudicazione**.
2. I termini dilatori previsti dall'articolo 18, commi 3 e 4, **non si applicano** agli affidamenti dei contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea.

Articolo 17 - (Fasi delle procedure di affidamento)

2. In caso di affidamento diretto, l'atto di cui al comma 1 individua l'oggetto, l'importo e il contraente, unitamente alle ragioni della sua scelta, ai requisiti di carattere generale e, se necessari, a quelli inerenti alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale.
5. L'organo preposto alla valutazione delle offerte predispone la proposta di aggiudicazione alla migliore offerta non anomala. L'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta, e, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace.

Articolo 17 - Fasi delle procedure di affidamento

co. 3: Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti **concludono le procedure di selezione nei termini indicati nell'allegato I.3.** Il superamento dei termini costituisce silenzio inadempimento e rileva anche al fine della verifica del rispetto del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso. [...]

ALLEGATO I.3 - Termini delle procedure di appalto e di concessione (Art. 17, comma 3, del Codice)

1. A norma dell'articolo 17, comma 3, del codice le gare di appalto e di concessione si concludono nei seguenti termini massimi, ove venga sia utilizzato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa basato sul miglior rapporto tra qualità e prezzo o sul costo del ciclo di vita:

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

2. I termini per la conclusione delle gare condotte secondo il criterio del minor prezzo sono i seguenti:

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

ALLEGATO I.3 - Termini delle procedure di appalto e di concessione (Art. 17, comma 3, del Codice)

3. I termini decorrono dalla pubblicazione del bando di gara o dall'invio degli inviti a offrire, fino all'aggiudicazione alla miglior offerta, e non possono essere sospesi neanche in pendenza di contenzioso sulla procedura se non a seguito di provvedimento cautelare del giudice amministrativo.

4. Ove la stazione appaltante o l'ente concedente debba effettuare la procedura di verifica dell'anomalia, i termini sopraindicati sono prorogati per il periodo massimo di un mese.

5. In presenza di circostanze eccezionali il RUP, con proprio atto motivato, può prorogare i termini suddetti per un massimo di tre mesi. In presenza di ulteriori situazioni imprevedibili di oggettiva difficoltà che rendono non sostenibili i tempi procedurali sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa e della particolare complessità della procedura, certificate dal RUP, quest'ultimo, con proprio atto motivato, può prorogare i termini suddetti per ulteriori tre mesi.

Art. 44. (Appalto integrato)

1. Negli appalti di lavori, con la decisione di contrarre, la stazione appaltante o l'ente concedente, se qualificati, può stabilire che **il contratto abbia per oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori sulla base di un progetto di fattibilità tecnico-economica approvato**. Tale facoltà non può essere esercitata per gli appalti di opere di manutenzione ordinaria.
2. La stazione appaltante o l'ente concedente motiva la scelta di cui al comma 1 con riferimento alle esigenze tecniche, tenendo sempre conto del rischio di eventuali scostamenti di costo nella fase esecutiva rispetto a quanto contrattualmente previsto.
3. Quando il contratto è affidato ai sensi del comma 1, **gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, oppure avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione. La qualificazione per la progettazione comprende anche l'uso di metodi e strumenti digitali per la gestione informativa mediante modellazione.**
4. **L'offerta è valutata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.** L'offerta ha ad oggetto sia il progetto esecutivo che il prezzo, e indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione e per l'esecuzione dei lavori.
5. L'esecuzione dei lavori può iniziare solo dopo l'approvazione, da parte della stazione appaltante, del progetto esecutivo, il cui esame è condotto ai sensi dell'articolo 42.
6. **Nei casi in cui l'operatore economico si avvalga di uno o più soggetti qualificati alla redazione del progetto, la stazione appaltante indica nei documenti di gara le modalità per la corresponsione diretta al progettista degli oneri relativi alla progettazione esecutiva indicati in sede di offerta, al netto del ribasso d'asta, previa approvazione del progetto e previa presentazione dei documenti fiscali del progettista.**

(Appalto integrato)

Delibera ANAC n. 210/2022: "

Massima: Appalto pubblico – Lavori – Scelta del contraente – Affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione aggiudicatrice – Requisiti di partecipazione – Imprese attestata per prestazioni di sola costruzione – Requisiti di partecipazione per la progettazione – Modalità di partecipazione del progettista – Indicazione del progettista nella domanda di partecipazione – Obbligo di avvalimento tra progettista e impresa partecipante – Previsione ultra legem – Soccorso istruttorio – Esclusione - Illegittimità.

L'art. 59, comma 1-bis del d.lgs. n. 50/2016, come già in precedenza l'art. 53, comma 3 dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006, prevede che l'operatore economico sprovvisto della qualificazione per la progettazione possa ricorrere, alternativamente, a due soluzioni organizzative, consistenti nella associazione in RTI con professionisti o nel ricorso al supporto di progettisti qualificati, **non discendendo da tali disposizioni alcun obbligo per i progettisti designati di costituirsi in raggruppamento temporaneo di professionisti o di sottoscrivere un contratto di avvalimento per assumere la qualifica di soggetti ausiliari al fine di prestare i requisiti mancanti alla società qualificata per la sola attività di costruzione.** La previsione della lex specialis di gara secondo cui il rapporto tra progettista "indicato" e impresa partecipante qualificata per la sola costruzione debba essere necessariamente formalizzato in un contratto di avvalimento ai sensi dell'art. 89 del Codice costituisce un obbligo ultra legem, con la conseguenza che l'esclusione dalla gara di tale impresa, disposta a seguito della produzione di un contratto di avvalimento nullo, nell'ambito del soccorso istruttorio all'uopo attivato, è illegittima."

(Appalto integrato)

Parere MIT n. 1094/2021:

Oggetto:	Appalto integrato e requisiti dei progettisti indicati
Quesito:	Un'impresa concorrente, esecutrice dei lavori, "indica" (pertanto non associa) due Progettisti esterni alla propria struttura. Tali Progettisti "indicati" dichiarano che non intendono presentarsi come un costituendo RTP (e quindi non presentano alcun impegno né specificano quote di esecuzione) ma indicano che entrambi i tecnici si occuperanno dei servizi di progettazione relativi alla categoria strutture ed entrambi si occuperanno dei servizi relativi alla categoria impianti. E' legittimo che pur non presentandosi come RTP costituendo i due progettisti essi vogliano, ai fini della qualificazione relativa ai servizi analoghi svolti nel decennio precedente, cumulare i propri requisiti ?
Risposta:	La normativa sul punto è il solo art. 59, c. 1 bis del Codice dei contratti pubblici: "...detti requisiti sono posseduti dalle imprese attestate per prestazioni di sola costruzione attraverso un progettista raggruppato o indicato in sede di offerta, in grado di dimostrarli, scelto tra i soggetti di cui all'articolo 46, comma 1 ..." Rileva inoltre la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 13 del 9 luglio 2020, in cui l'istituto dell'indicazione del progettista viene assimilata a quella dell'avvalimento. Diviene allora di interesse l'art. 89 c. 6 del Codice: "E' ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie". In tal caso, la norma non prevede l'obbligo di raggruppamento tra i più ausiliari. Per analogia, in assenza di diverse regole nella lex speciali di gara, si potrà dire legittima l'indicazione di più progettisti da parte dell'operatore economico privo di attestazione SOA di progettazione e costruzione, in caso di affidamenti di progettazione e costruzione, anche ove i due o più progettisti non formino tra di loro raggruppamento. Pertanto i requisiti di capacità previsti dal bando potranno essere soddisfatti dal concorrente mediante i requisiti dei progettisti indicati, in modo cumulativo. Fermo il rispetto del bando in relazione ai requisiti di legittimazione (art. 80 del Codice) e di professionalità.

(Appalto integrato)

Parere MIT n. 1388/2022: ".

Argomento:	Appalto Integrato
Oggetto:	Appalto integrato e progettisti indicati
Quesito:	In un appalto integrato l'impresa di costruzioni indica de progettisti che pur non essendo necessario decidono di impegnarsi a costituire un RTP. E' corretto dire che in quanto non concorrenti ma semplicemente indicati il loro raggruppamento temporaneo non debba prevedere un giovane professionista ?
Risposta:	In merito al quesito posto si rappresenta che l'art. 4 del D.M. 2 dicembre 2016, n. 263 recante la definizione dei requisiti che devono possedere gli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria e l'individuazione dei criteri per garantire la presenza di giovani professionisti, in forma singola o associata, nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione e di idee, prevede che i raggruppamenti temporanei devono prevedere la presenza di almeno un giovane professionista, laureato abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione secondo le norme dello Stato membro dell'Unione europea di residenza, quale progettista. Tanto premesso, si ritiene che nel caso in cui i progettisti decidano di costituire un RTP sussista l'obbligo di prevedere la presenza di un giovane professionista ai sensi dell'indicato art. 4 del DM 263/2016.

(Appalto integrato)

ANAC Atto del Presidente del 14 settembre 2022

la giurisprudenza amministrativa è più volte intervenuta per chiarire il significato del termine “avvalersi”, ritenendo che lo stesso debba intendersi in senso atecnico col significato di “utilizzare – impiegare” l’opera e le capacità professionali e di esperienza di altri soggetti e precisando che è rimessa all’operatore economico un’ampia libertà nell’individuazione della forma di collaborazione professionale che intende effettuare con il professionista, essendo lo stesso “qualificabile come mero “collaboratore dell’offerente”, pur essendo tenuto a dimostrare i necessari requisiti di qualificazione previsti dal bando, in base al citato art. 53, comma 3” (ex multis, Cons. Stato , Sez. V, n. 4982 del 30/10/2017, Cons. di Stato, Sez. IV, n. 1425 del 19/03/2015, Cons. Stato, sez. V, n. 1757 del 27/03/2013)

Il progettista indicato, in ogni caso, dovrà essere in possesso “dei requisiti di ordine generale di cui all’art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016, oltreché di quelli speciali richiesti, dovendo escludersi che il soggetto designato per l’esecuzione delle attività progettuali a beneficio dell’amministrazione possa svolgerle anche se privo delle condizioni di moralità prescritte dalla legge in materia di affidamento di commesse pubbliche” (Cons. Stato, sez. V, n. 5563 del 27/07/2021)

Parere MIT n. 1094/2021

In analogia con avvalimento non necessario costituire RTP . I requisiti potranno essere soddisfatti mediante cumulo requisiti progettisti indicati.

(Appalto integrato)

Consiglio di Stato V, 11 novembre 2022, n. 9923

Appalto integrato e progettista non in possesso dei requisiti -- non ammessa la sostituzione del progettista in quanto cambierebbe l'offerta

5.2.4. Confermata per tale via la soluzione della questione espressa già nel precedente di cui al CGARS n. 276/2021, meno convincente è l'affermazione incidentale contenuta nella stessa sentenza secondo cui la sostituzione del progettista indicato non potrebbe (mai) comportare “una ipotesi di modificazione dell’offerta”, poiché non si tratta di un offerente, ma di un “collaboratore (o, più propriamente, un ausiliario) del concorrente”.

Invero, se il ricorso al progettista esterno si giustifica, in linea di principio, a fini qualificatori, è però innegabile che lo stesso è coinvolto sia nella redazione dell’offerta che nell’esecuzione del contratto (cfr. Cons. Stato, V, n. 5563/21 cit.)».

Contra: T.A.R. Sicilia, Catania, III, 26 giugno 2023, n. 1993: «Se è “indicato” è sostituibile, se “associato” no»

Deliberazione ANAC n. 49 del 17 giugno 2015 Appalto integrato - DL (e anche CSE) non può intrattenere rapporti con l'appaltatore

"Già con Determinazione n.4/2003 del 12.2.2003 l'AVCP aveva chiarito:La funzione autoritativa svolta dal direttore dei lavori impone che l'esplicazione del suo incarico sia preordinata, anche nel rispetto dei principi deontologici di lealtà e correttezza, esclusivamente alla salvaguardia dell'interesse pubblico ad ottenere una corretta realizzazione dell'opera, con il conseguente divieto di legami di cointeressenza tra il direttore dei lavori (vigilante) ed il soggetto esecutore dei lavori (vigilato).Occorre, pertanto, verificare se e come opera il divieto di intrattenere, contestualmente all'incarico di direzione lavori, rapporti professionali con l'esecutore dei lavori. Quando il direttore dei lavori è un soggetto interno alla stazione appaltante sussiste il divieto di cui trattasi, in ragione dell'esclusività del rapporto di pubblico impiego con il conseguente divieto di assumere altro impiego od incarico per conto di soggetti diversi dall'ente pubblico datore di lavoro. **Nel caso in cui le funzioni di direttore dei lavori siano attribuite a soggetti esterni alla stazione appaltante la natura dell'attività di direzione dei lavori fa ritenere che vi è un divieto assoluto di intrattenere rapporti professionali con l'appaltatore, in quanto è necessario garantire che il direttore dei lavori effettivamente vigili sulla corretta esecuzione dell'opera nell'esclusivo interesse della P.A. committente, assicurando così la massima trasparenza nella fase di esecuzione dei lavori**".

Alcune norme non derogate nel sottosoglia

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

1. Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.
2. **Nei bandi e negli inviti le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione, in conformità al comma 1.**
3. Gli operatori economici possono indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo da essi applicato, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente.

Art. 41. (Livelli e contenuti della progettazione)

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

LA PROGRAMMAZIONE – LE NOVITÀ

Il programma triennale dei lavori pubblici contiene i lavori di importo superiore alla soglia di cui all'articolo 50, comma 1, lettera a), ad oggi fissata nella misura di € 150.000, mentre il vecchio codice la fissava in € 100.000.

Il programma triennale degli acquisti di beni e servizi riporta gli acquisti di importo stimato pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 50, comma 1, lettera b), ad oggi fissata nella misura di € 140.000, mentre il vecchio codice la fissava in € 40.000.

La riduzione da tre a due livelli di progettazione, prevista dal nuovo codice, ha comportato, di conseguenza, la modifica e la semplificazione della documentazione tecnica necessaria per poter inserire gli interventi nel programma triennale dei lavori pubblici e nell'elenco annuale.

In particolare:

- ❖ I lavori di importo pari o superiore alla soglia di rilevanza europea di cui all'articolo 14, comma 1, lettera a), (€ 5.382.000) sono inseriti nell'elenco triennale dopo l'approvazione del documento di fattibilità delle alternative progettuali e nell'elenco annuale dopo l'approvazione del documento di indirizzo della progettazione. (Art. 37 comma 2).
- ❖ I lavori di manutenzione ordinaria superiori alla soglia di rilevanza europea di cui all'articolo 14, comma 1, lettera a), (€ 5.382.000) sono inseriti nell'elenco triennale anche in assenza del documento di fattibilità delle alternative progettuali. (Art. 37 comma 2).

LA PROGETTAZIONE – LE NOVITÀ

Art. 41 comma 1 D.Lgs. n. 36/2023:

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

«5. La stazione appaltante o l'ente concedente, in funzione della specifica tipologia e dimensione dell'intervento, indica le caratteristiche, i requisiti e gli elaborati progettuali necessari per la definizione di ogni fase della relativa progettazione. Per gli interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria può essere omesso il primo livello di progettazione a condizione che il progetto esecutivo contenga tutti gli elementi previsti per il livello omesso».

Documentazione tecnica da predisporre e approvare prima dell'avvio dei due livelli di progettazione:

Quadro delle necessità (o quadro esigenziale) – non è prevista alcuna approvazione essendo redatto direttamente dal soggetto che rappresenta le esigenze e i fabbisogni e indica gli obiettivi da perseguire. Trattasi in sostanza di un atto amministrativo di natura ricognitiva e privo di carattere provvedimentoale.

Documento di Fattibilità delle Alternative Progettuali (DOCFAP) – obbligatorio per lavori di importo superiore alla soglia europea – che è redatto nel rispetto dei contenuti del quadro esigenziale; può essere redatto da soggetti esterni appositamente incaricati dalla stazione appaltante oppure internamente da personale dipendente della stazione appaltante stessa. In quest'ultimo caso, l'attività di redazione del DOCFAP è oggetto di incentivo delle funzioni tecniche. Il DOCFAP è approvato dal committente con propria determinazione.

L'ultimo documento preliminare da redigere prima dell'avvio della progettazione nei due livelli in cui è suddivisa, è il **Documento di Indirizzo alla Progettazione (DIP)**, i cui contenuti sono riportati all'art. 3 comma 1 dell'Allegato I.7. E' redatto dal Responsabile Unico del Progetto (RUP) (Art. 41 comma 3 D.Lgs.36/2023) in coerenza con il quadro esigenziale e con la soluzione individuata nel DOCFAP, ove predisposto.

Il DIP è redatto e approvato prima dell'affidamento del progetto di fattibilità tecnica ed economica, sia in caso di progettazione interna, che di progettazione esterna alla stazione appaltante; in quest'ultimo caso, il DIP dovrà essere parte della documentazione di gara per l'affidamento del contratto pubblico di servizi, in quanto costituisce parte integrante del "capitolato del servizio di progettazione".

LE VERIFICHE SULLA PROGETTAZIONE

Ciascun livello della progettazione deve essere verificato, indipendentemente dall'importo, per la rispondenza alle esigenze espresse nel documento d'indirizzo e la sua conformità alla normativa vigente.

La verifica accerta, altresì, la conformità del progetto alle prescrizioni eventualmente impartite dalle amministrazioni competenti prima dell'avvio della fase di affidamento **e, se ha esito positivo, assolve a tutti gli obblighi di deposito e di autorizzazione per le costruzioni in zone sismiche, nonché di denuncia dei lavori all'ufficio del genio civile.**

L'Allegato I.7 conferma le disposizioni dell'art. 26 del D.Lgs. 50/2016 riguardo ai soggetti che possono svolgere la verifica con le relative fasce di importo e alle incompatibilità con le attività di progettazione, direzione lavori, collaudo e coordinamento della sicurezza.

L'art. 36 dell'Allegato I.7 prevede che una stazione appaltante possa avvalersi di strutture tecniche di altre amministrazioni, ai sensi dell'articolo 7, comma 4, del codice (*Principio di auto organizzazione amministrativa*). Solo in caso di carenza di organico e di inesistenza delle condizioni di avalimento (art. 7, co. 4, Codice), può essere affidato l'appalto di servizi avente a oggetto la verifica della progettazione a soggetti esterni.

L'art. 42 comma 4 del Codice stabilisce che la validazione sia sottoscritta dal responsabile del procedimento; ciò deriva dal fatto che il nuovo codice non prevede più un Responsabile Unico del Procedimento, ma un Responsabile Unico del Progetto con la possibilità di nominare un responsabile di procedimento per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e un responsabile di procedimento per la fase di affidamento (art. 15 comma 4), per cui il soggetto che sottoscrive l'atto di validazione sarà il responsabile del procedimento della fase di progettazione.