

CONTRATTI SOTTOSOGLIA EUROPEA E
PRINCIPIO DI ROTAZIONE
SUBAPPALTO E AVVALIMENTO

PIELLI
& PARTNERS

INNOVATIVE
LAW FIRM

Avv. Silvia Lanzaro

Frascati - 14 giugno 2023

1. CONTRATTI SOTTOSOGLIA EUROPEA E PRINCIPIO DI ROTAZIONE

PREMESSA

Nel corso degli ultimi anni si sono registrati una serie di interventi normativi - di natura primaria e secondaria - che hanno inserito numerose modifiche sull'impianto originario previsto dal Codice dei contratti pubblici in merito ai contratti sotto soglia.

A ciò si è aggiunta la normativa emergenziale che ha portato all'esistenza di un regime ordinario dettato dal D. Lgs. n. 50/2016 ed un regime derogatorio dettato dal Decreto Semplificazioni (D.L. 16 luglio 2020, n. 76/2020 poi convertito in Legge 11 settembre 2020, n. 120) e dal Decreto Semplificazioni-bis (D.L. 31 maggio 2021, n. 77, poi convertito con Legge 29 luglio 2021, n.108).



PREMESSA - LEGGE DELEGA

Con la legge delega 21 giugno 2022, n. 78, il Governo italiano è stato delegato ad adottare uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici.

All'art. 1, comma 2 lett. e) sono stati dettati i seguenti principi e criteri direttivi con riferimento ai contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea:

- **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;
- 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.**



PREMESSA - LEGGE DELEGA

Obiettivo della Legge delega in materia è sembrato soprattutto quello di sollecitare un intervento normativo teso a superare la complessità della regolamentazione vigente e le difficoltà interpretative generate dalle numerose modifiche e deroghe all'art. 36 del Codice dei contratti pubblici che nel tempo si sono succedute.

Il richiamo del Governo al rispetto, nel dettare la nuova disciplina per i contratti sottosoglia, di numerosi principi fondamentali (pubblicità, trasparenza, concorrenzialità, rotazione, non discriminazione, proporzionalità, economicità, efficacia e imparzialità), laddove la vecchia Legge delega si era limitata ad invocare il rispetto dei principi di trasparenza e imparzialità della gara, rafforza il richiamo già contenuto nel previgente articolo 36 ai principi di cui all'art. 30, comma 1 del D.Lgs. n. 50/2016 **con l'aggiunta del principio di rotazione, divenuto ormai principio cardine degli affidamenti sottosoglia.**



PREMESSA - LEGGE DELEGA

Di particolare rilievo per i risvolti pratici è apparso sin da subito il 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.

Trattasi della fase di selezione degli operatori economici da invitare a presentare offerte nell'ambito delle procedure negoziate, selezione che deve avvenire *“sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici”*.

Stante il divieto imposto dalla Legge delega, le Stazioni appaltanti non potranno più individuare in maniera casuale gli operatori da invitare né ridurre il numero attraverso un sorteggio allorquando esista un numero eccessivo di imprese operanti in un determinato settore all'interno dell'elenco o che abbiano manifestato interesse a partecipare alla comparazione.



PREMESSA

Nel nuovo Codice dei contratti ai sottosoglia è oggi dedicata un'intera parte - Parte I del Libro II artt. 48-55 - rubricata «Dei contratti di importo inferiore alle soglie europee».

La scelta di dedicare una specifica sezione del Codice alle procedure sottosoglia (in sostituzione di un solo articolo previsto nel D.Lgs. n. 50/2016) dimostra l'importanza sempre più crescente di tale tipologia di affidamenti tanto da indurre il Legislatore ha dettare principi comuni specifici per gli stessi.

(Nel 2021, la somma degli affidamenti diretti e delle procedure negoziate senza bando hanno rappresentato il 75% del totale degli appalti affidati (Fonte Relazione Annuale ANAC 2022, presentata al Parlamento il 23.6.2022).

Si tratta di una significativa innovazione rispetto al decreto legislativo n. 50 del 2016, nel quale le previsioni proprie del sottosoglia erano sparse nell'intera disciplina codicistica, che consente una più agevole individuazione della normativa applicabile ai contratti di importo inferiore alle soglie europee e un più diretto apprezzamento del complessivo regime giuridico differenziale che connota questo settore



PREMESSA

Nel fissare la disciplina comune si è tenuta in particolare considerazione la regolamentazione introdotta, con riferimento al sottosoglia, dal decreto-legge n. 76 del 2020, come successivamente modificata dal decreto-legge n. 77 del 2021, connotata da misure di ampia semplificazione con connesse previsioni di maggiore trasparenza. In considerazione del **riscontro buon esito conseguito dalla suddetta disciplina**, si è infatti prevista l'estensione a regime di gran parte delle previsioni che i decreti legge richiamati dettavano con esclusivo riferimento alla fase emergenziale.

La disciplina dei contratti sottosoglia si completa poi con le norme di portata generale, applicabili a tutti gli affidamenti posti in essere dalle stazioni appaltanti (pensiamo ai principi applicabili agli affidamenti di ogni importo) e con quelle contenute negli Allegati, cui le norme del codice fanno rinvio, come in materia di elenchi e indagini di mercato e di metodi per la determinazione della soglia di anomalia delle offerte.



DISCIPLINA COMUNE

(Rinvio ai principi - art. 48, comma 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.

Pertanto alle procedure di affidamento e all'esecuzione dei contratti sottosoglia si applicano tutti i principi della contrattualistica pubblica ovvero i **principi generali** di cui al Libro I, parte I e i **principi della Digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti** di cui al Libro I, parte II. La previsione va oltre rispetto ai principi richiamati nella Legge delega.

La relazione illustrativa ha sottolineato in proposito che *“i principi di cui al Libro I, Parti I e II, del codice, (...), per la loro portata generale, informano tutti gli affidamenti delle stazioni appaltanti, a prescindere dal loro importo”*.



DISCIPLINA COMUNE

(Rinvio ai principi - art. 48, comma 1)

La codificazione dei principi della contrattualistica pubblica, rappresentano una delle più importanti novità del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Il vecchio Codice non contiene una parte iniziale dedicata ai principi generali; la codificazione dei principi nel nuovo Codice risponde alla finalità di disciplinare valori e criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, caratterizzati da una prevalenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme.

Tra i numerosi principi enunciati dal nuovo Codice spiccano i primi tre sulla base dei quali si interpretano ed applicano tutte le disposizioni del *corpus* normativo (art. 4).



DISCIPLINA COMUNE

(Rinvio ai principi - Art. 48, comma 1)

Principio del risultato

Deve intendersi quale interesse pubblico primario che le stazioni appaltanti devono perseguire nell'esercizio della loro attività affidando il contratto e vigilando sulla sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto tra qualità e prezzo nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

La concorrenza non è più una finalità ma la modalità per conseguire il miglior risultato possibile nell'affidamento ed esecuzione del contratto. Ed ancora, quello del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale, in sostanza, nella funzione assegnatagli di principio guida per la soluzione del caso concreto, si rivela il principio di maggior rilievo tra quelli enunciati dal codice.



DISCIPLINA COMUNE

(Rinvio ai principi - art. 48, comma 1)

Principio della fiducia

L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici.

La 'paura della firma' e la 'burocrazia difensiva' rappresentano fonte di inefficienza e immobilismo e, quindi, un ostacolo al rilancio economico.

La fiducia è reciproca e investe, quindi, anche gli operatori economici che partecipano alle gare" (in coerenza con molti istituti del codice, anche di derivazione europea, come il soccorso istruttorio e il c.d. self-cleaning).



DISCIPLINA COMUNE

(Rinvio ai principi - art. 48, comma 1)

Il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato.

Importante, inoltre, lo spartiacque tracciato tra ciò che, ai fini della responsabilità amministrativa, costituisce colpa grave – la violazione di regole e l'omissione delle ordinarie cautele- e ciò che invece non può ritenersi tale: la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a parerei delle autorità competenti.



DISCIPLINA COMUNE

(Rinvio ai principi - art. 48, comma 1)

Principio dell'accesso al mercato

Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità.

Il principio in questione risponde all'esigenza di garantire la conservazione e l'implementazione di un mercato concorrenziale, idoneo ad assicurare agli operatori economici pari opportunità di partecipazione e, quindi, di accesso alle procedure ad evidenza pubblica destinate all'affidamento di contratti pubblici.



DISCIPLINA COMUNE

(Rinvio ai principi - Art. 48, comma 1)

Gli altri principi:

- Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento;
- Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore;
- Principio di auto-organizzazione amministrativa;
- Principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito;
- Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione;
- Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti.



DISCIPLINA COMUNE

(Interesse transfrontaliero - Art. 48, comma 2)

Quando per uno dei contratti sotto-soglia la stazione appaltante accerta **l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo**, segue le procedure ordinarie, ossia le procedure aperte e ristrette previste per il sopra-soglia.

Interesse transfrontaliero certo: un appalto può presentare tale interesse in base (cfr. Cons. Stato, parere n. 1312/2019): al valore stimato, alla propria tecnicità, al luogo di esecuzione in un luogo idoneo ad attrarre l'interesse di operatori esteri.

Tale condizione deve risultare in modo chiaro da una valutazione concreta delle circostanze dell'appalto in questione quali, a titolo esemplificativo, **l'importo** dell'appalto, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori o, ancora, le **caratteristiche tecniche dell'appalto** e le **caratteristiche specifiche dei prodotti** in causa, tenendo anche conto, eventualmente, dell'**esistenza di denunce** (reali e non fittizie) presentate da operatori ubicati in altri Stati membri.



DISCIPLINA COMUNE

(Interesse transfrontaliero - Art. 48, comma 2)

Possono essere considerati, al riguardo, anche **precedenti affidamenti con oggetto analogo realizzati da parte della stazione appaltante o altre stazioni appaltanti di riferimento**. È necessario tenere conto del fatto che, in alcuni casi, **le frontiere attraversano centri urbani** situati sul territorio di Stati membri diversi e che, in tali circostanze, anche appalti di valore esiguo possono presentare un interesse transfrontaliero certo.

La valutazione dell'interesse transfrontaliero spetta alla Stazione Appaltante (Corte Giust. UE, 15.5.2008, C. 147/06).

Le stazioni appaltanti sono ora onerate del complesso compito di individuare quale possa essere la disciplina adeguata a tale categoria di contratti.



DISCIPLINA COMUNE

(Interesse transfrontaliero - Art. 48, comma 2)

La relazione illustrativa evidenzia che il comma in esame “è del tutto nuovo” e “**tiene conto della giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea**, secondo la quale gli appalti di valore inferiore alle soglie UE, pur non soggetti alle norme specifiche delle direttive sugli appalti pubblici, devono essere aggiudicati in modo trasparente e competitivo se presentano un interesse transfrontaliero certo. La previsione **tiene altresì conto di quanto stabilito nella lettera della Commissione europea del 6 aprile 2022, di messa in mora dell’Italia**, la quale, al punto 2.3, occupandosi della disciplina introdotta dai decreti-legge n. 76 del 2020 e n. 77 del 2021, che prevedono affidamenti diretti e procedure negoziate per l’aggiudicazione di contratti pubblici di importi inferiori alle soglie europee, ha ritenuto la suddetta disciplina violativa dei principi europei di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, **laddove non obbliga la stazione appaltante a valutare se l’appalto presenti un interesse transfrontaliero certo.**



DISCIPLINA COMUNE

(Art. 48, commi 3 e 4)

Restano fermi gli obblighi di utilizzo degli strumenti di acquisto e di negoziazione previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa (MePA, convenzioni Consip).

Ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si applicano, se non derogate dalle norme del Codice ad essi dedicata, le disposizioni del Codice previste per gli appalti sopra soglia.



DISCIPLINA COMUNE

(Principio di rotazione - Art. 49)

Il principio di rotazione disciplinato dall'art. 49 del nuovo Codice diviene la regola generale per gli affidamenti sottosoglia.

Tale principio era già contemplato dalla pregressa disciplina codicistica, in particolare dall'art. 36, comma 1, del decreto legislativo n. 50 del 2016 che imponeva il «*rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti*». La pregressa disciplina ha avuto attuazione attraverso una normativa di dettaglio dettata dalle linee guida ANAC n. 4. L'art. 49 del nuovo Codice riprende, in parte, le previsioni di cui alle citate linee guida, innovando tuttavia su taluni profili significativi.



DISCIPLINA COMUNE

(Principio di rotazione - Art. 49, comma 2)

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.

In termini innovativi la norma in commento stabilisce che **la rotazione si ha solo a carico del soggetto che abbia conseguito la precedente aggiudicazione**, escludendo, invece, dal divieto coloro che erano stati soltanto invitati alla precedente procedura negoziata, senza conseguire poi l'aggiudicazione.

Dalla relazione illustrativa emerge che si è ritenuto di escludere la rotazione a carico del mero invitato, poiché in tale ipotesi la contrazione del principio concorrenziale non risulta in alcun modo giustificata.



DISCIPLINA COMUNE

(Principio di rotazione - Art. 49, comma 2)

Il divieto si pone in continuità con la disciplina pregressa e con le previsioni delle linee guida ANAC n. 4 ed impone il rispetto del principio di rotazione, con lo scopo di **evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della commessa da realizzare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici** (Consiglio di Stato, sez. V., 12 giugno 2019, n. 3943). L'obbligo di applicazione del principio di rotazione negli affidamenti sotto-soglia è volto a tutelare le esigenze della concorrenza in un settore nel quale è maggiore il **rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori** del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio.



DISCIPLINA COMUNE

(Principio di rotazione - Art. 49, comma 2)

Come ha rilevato il Consiglio di Stato (Cons. Stato V, 27 aprile 2020, n. 2655; 31 marzo 2020, n. 2182) il principio di rotazione costituisce **necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata** (Cons. Stato, V, 12 settembre 2019, n. 6160); esso ha infatti l'obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l'effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo **all'amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio** (Cons. Stato, VI, 4 giugno 2019, n. 3755).



DISCIPLINA COMUNE

(Principio di rotazione - Art. 49, comma 2)

Il contraente uscente non deve attendere tre anni solari come nelle Linee guida ma “salta” un turno (due affidamenti consecutivi); quanto alle definizioni di “settore merceologico”, oppure “categoria di opere” o “settore di servizi” (immutate rispetto alla previgente disciplina), il Consiglio di Stato (sez. V, sent. n. 8030/2020) ha adottato il criterio della prestazione principale o prevalente, affermando che **ricorre l’eccezione alla regola generale di applicabilità del principio di rotazione allorquando vi sia in concreto una “sostanziale alterità qualitativa” della prestazione oggetto di affidamento;**



DISCIPLINA COMUNE

(Principio di rotazione - Art. 49, comma 3)

Il comma 3 prevede – in caso di riparto (da parte della stazione appaltante) dell'affidamento in fasce in base al valore economico – **l'applicazione della rotazione con riferimento a ciascuna fascia.**

La relazione AIR (analisi dell'impatto della regolazione) alle Linee guida ANAC n. 4/2016 indica alle stazioni appaltanti l'utilizzo delle seguenti fasce: per servizi e forniture: 1) fino a 5.000 euro; 2) da 5.001 euro fino a 20.000 euro; 3) da 20.001 euro fino a 39.999 euro; 4) da 40.000 euro fino a 143.999 euro (ora 139.999 euro); 5) da 144.000 euro fino a 220.999 euro (ora 214.999 euro).

Per lavori: 1) fino a 20.000 euro; 2) da 20.001 euro a 39.999 euro; 3) da 40.000 euro a 149.999 euro; 4) da 150.000 euro fino a 309.600 euro; 5) da 309.601 euro fino a 619.200 euro; 6) da 619.201 euro fino a 999.999 euro (fino al 30 giugno 2023 si possono prevedere ulteriori classifiche fino a 5.381.999 euro).



DISCIPLINA COMUNE

(Principio di rotazione - Art. 49, comma 3)

Al riguardo l'ANAC nelle Osservazioni all'Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare ha osservato che il divieto di aggiudicare l'appalto all'operatore uscente non opera, quindi, se il nuovo appalto rientra in una diversa fascia, pertanto, **l'applicazione di tale divieto verrebbe facilmente aggirata prevedendo da parte della stazione appaltante un numero elevato di fasce.**

Si suggerisce, quindi, di **prevedere che le fasce siano stabilite dalla stazione appaltante in modo da evitare una artificiosa suddivisione del nuovo importo** per farlo ricadere in una diversa fascia.



DISCIPLINA COMUNE

(Principio di rotazione - Art. 49, commi 4, 5 e 6)

Deroghe:

«Casi motivati» - con riferimento alla **struttura di mercato e effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto**, l'o.e. uscente **può essere re-inviato o essere affidatario diretto**.

La disposizione in esame sembra riprodurre nella sostanza quanto previsto dal punto 3.7 delle linee guida ANAC n. 4 per gli affidamenti diretti mentre risulta innovativa per quanto riguarda le procedure negoziate.

La relazione illustrativa sottolinea inoltre che *“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”*.

Si noti come l’attuale disposizione è più blanda rispetto a quella della Linee Guida quanto alla motivazione da parte della Stazione appaltante che ora è semplice: “casi motivati”, mentre prima veniva richiesto un “onere motivazionale più stringente”.



DISCIPLINA COMUNE

(Art. 49, commi 4, 5 e 6)

Deroghe:

Assenza di limiti agli inviti - per i contratti affidati con le **procedure negoziate** (tra 140 mila euro (servizi e forniture) e 150 mila euro (lavori) fino alla soglia comunitaria), laddove l'indagine di mercato non abbia posto limiti al numero di o.e. da invitare alla successiva procedura negoziata (fattispecie già avallata dalla giurisprudenza (Cons. Stato 3999/21) in quanto l'assenza di sbarramento agli inviti elimina il problema alla base della rotazione, ossia il consolidarsi di rendite di posizione.

Il Consiglio di Stato conferma, nella sentenza 4 febbraio 2020, n. 875, che il principio di rotazione non è applicabile nelle procedure MEPA senza limitazione degli inviti.

Micro affidamenti - affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro. La relazione illustrativa evidenzia che la norma in esame conferma quanto già previsto dalle succitate Linee guida ANAC n. 4, elevando tuttavia da 1.000 a 5.000 euro la "soglia di derogabilità" prevista dalle medesime; tale limite viene allineato a quello previsto dall'art. 1, comma 450 della l. n. 296/2006 per il ricorso obbligatorio al MePA.



DISCIPLINA COMUNE

(Principio di rotazione)

PRINCIPALI NOVITÀ IN SINTESI

- divieto di invito del solo o.e. uscente;
- non si applica;
- nelle procedure negoziate “di tipo aperto” (senza limiti al numero di operatori);
- nel caso in cui l’oggetto del contratto ricada in un settore merceologico o categorie di opere diverso;
- nel caso in cui l’importo del nuovo affidamento ricada in una fascia di importo diversa rispetto a quello precedente;
- nel caso in cui l’importo sia inferiore a 5.000 euro;



DETERMINA A CONTRARRE IN CASO DI AFFIDAMENTO DIRETTO

(Art. 17, comma 2)

L'articolo 17 dedicato alle fasi delle procedure di affidamento prevede che in caso di affidamento diretto, la decisione di contrarre individui:

- l'oggetto;
- l'importo;
- il contraente;
- le ragioni della sua scelta;
- i requisiti di carattere generale e, se necessari, a quelli inerenti alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale.



DETERMINA A CONTRARRE IN CASO DI AFFIDAMENTO DIRETTO

(Art. 17, comma 2)

Nella relazione illustrativa è stato specificato che detto provvedimento ha carattere direttamente costitutivo dell'affidamento e ne indica il contenuto minimo. L'esistenza di una norma specifica per l'affidamento diretto, contrapposta a quella di cui al comma 1 che riguarda la determina a contrarre «nelle procedure», evidenzia che il primo non costituisce "procedura".

La disposizione non differisce molto da quella di cui art. 32, comma 2 che già aveva previsto che nella procedura di cui all'articolo 36, comma 2, lettere a) e b), la stazione appaltante potesse procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti.



DETERMINA A CONTRARRE IN CASO DI PROCEDURE NEGOZiate

(All. II.1 art. 1, comma 2)

Viene meglio specificato il contenuto della determina a contrarre per le procedure negoziate.

Contenuto:

- 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.



DETERMINA A CONTRARRE IN CASO DI PROCEDURE NEGOZiate

(All. II.1 art. 1, comma 2)

La relazione illustrativa sottolinea l'importanza della richiesta di indicare i **criteri per l'individuazione degli operatori da invitare alla procedura negoziata**; ciò necessario allorché la stazione appaltante intende operare uno sbarramento in ordine al numero degli stessi.

L'inserimento di tale previsione già nella determina a contrarre (potendosi, in alternativa, ipotizzare la loro indicazione nel solo atto di invito a presentare le manifestazioni di interesse) è coerente con la peculiare rilevanza che tali criteri assumono ai fini dell'individuazione degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata dopo che la legge delega ha vietato, a tal fine, il ricorso al sorteggio o ad altri criteri casuali.



PROCEDURE DI AFFIDAMENTO

(Art. 50, comma 1)

AFFIDAMENTO DIRETTO (LETT. A E B)

Anche senza consultazione di più o.e., assicurando che la scelta avvenga tra soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla S.A.

Lavori < 150.000

Servizi e forniture (inclusi servizi di architettura e ingegneria) < 140.000



PROCEDURE DI AFFIDAMENTO

(Art. 50, comma 1)

Nella relazione illustrativa, con riferimento all'affidamento diretto (comma 1, lett. a) e b)), viene chiarito che si è riproposta la previsione del decreto-legge n. 76 del 2020 secondo cui, nonostante la mancanza di necessario confronto competitivo, deve essere assicurato che siano scelti soggetti in possesso di **documentate esperienze pregresse**. Il testo del decreto-legge n. 76 del 2020 si riferisce a «esperienze **analoghe** a quelle oggetto di riferimento» mentre il testo della disposizione in esame fa riferimento a «esperienze pregresse **idonee** all'esecuzione delle prestazioni contrattuali oggetto di affidamento». 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



PROCEDURE DI AFFIDAMENTO

(Art. 50, comma 1)

La preoccupazione principale, espressa dall'ANAC, è quella per gli affidamenti diretti di beni/servizi e l'innalzamento (a 140mila euro per beni/servizi, immutata la soglia dei lavori) con sostanziale conferma delle previsioni contenute nelle norme emergenziali (per cui l'affidamento diretto beni/servizi è previsto però infra 139mila euro).

Tali soglie sarebbero idonee – si legge nell'articolato – *“ad assorbire la maggior parte degli acquisiti posti in essere soprattutto dai Piccoli Comuni, che potranno verosimilmente programmare più affidamenti sotto la predetta soglia, per la maggior parte dei propri acquisti, senza dunque dover ricorrere – se non in casi residuali – a procedure di evidenza pubblica”*.

La stessa ANAC evidenzia di aver già avuto modo – *“nell'ambito della propria esperienza di vigilanza, di constatare l'inefficienza di affidamenti diretti eseguiti senza il minimo confronto concorrenziale, ciò che nelle piccole realtà spesso significa l'affidamento a ditte conosciute, non sempre le più efficienti”*.



PROCEDURE DI AFFIDAMENTO

(Art. 50, comma 1)

PROCEDURA NEGOZIATA (LETT. C, D E E)

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;

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**



PROCEDURE DI AFFIDAMENTO

(Art. 50, comma 1)

Nella relazione illustrativa si evidenzia che nel testo non è stato accompagnato dal richiamo all'art. 63 del d.lgs. n. 50 del 2016; né si è rinvio alla norma che nel nuovo codice disciplinerà la procedura negoziata nel soprasoglia. Tale richiamo risulterebbe infatti 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. La disciplina del sottosoglia di cui al decreto-legge n. 76 del 2020 (art. 1, comma 2) non contemplava il possibile ricorso alle procedure ordinarie, ciò al fine di imporre l'utilizzo delle procedure semplificate. Al contrario, l'art. 36, comma 2 del dlgs. n. 50 del 2016, prevedeva l'utilizzo delle procedure ordinarie come facoltà sempre percorribile dalla stazione appaltante. Nel comma 1, lett. d), in esame si è percorsa una via mediana, costituita dalla possibilità per le stazioni appaltanti, per gli appalti di lavori sottosoglia di importo più significativo, di impiegare le procedure ordinarie; nel testo definitivo è scomparso l'inciso contenuto nello schema «**previa adeguata motivazione**».

PROCEDURE DI AFFIDAMENTO

(Art. 50, comma 2 e 3)

Si rinvia all'allegato II.1 per l'individuazione delle **modalità di gestione degli elenchi e delle indagini di mercato**; è previsto espressamente nel codice il divieto del sorteggio, costituente uno dei criteri della legge delega (l'eliminazione del sorteggio sta già creando non pochi problemi applicativi perché si inseriscono criteri di preferenza nella scelta dei soggetti da invitare che pongono non pochi problemi per il possibile contrasto con i principi di massima apertura del mercato e libertà concorrenziale)

Il comma 3 stabilisce che l'allegato di cui al comma precedente può essere sostituito, integrato o modificato senza necessità di ricorrere a fonte primaria, ma con regolamento di cui all'art. 17 della l. n. 400 del 1988, attuandosi quindi una forma di delegificazione.



PROCEDURE DI AFFIDAMENTO

(All. II.1 Art. 1)

Riguarda le **sole procedure negoziate** in cui gli O.E. da invitare vengono individuati tramite indagini di mercato.

Il comma 2 specifica il contenuto della determina a contrarre.

Il comma 3 riconosce come in passato la **possibilità per le S.A. di dotarsi di un regolamento** per la definizione (nel rispetto del principio di gerarchia delle fonti tale disciplina deve, ovviamente, essere coerente con quanto in materia previsto dalle norme di rango primario e dall'Allegato):

- a) le modalità di conduzione delle indagini di mercato, **eventualmente** distinte per fasce di importo;
- 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.



PROCEDURE DI AFFIDAMENTO

(All. II.1 Art. 2, comma 1 – Indagini di mercato)

Il comma 1 stabilisce che le **indagini di mercato** devono svolgersi secondo le modalità ritenute più idonee dalla S.A., secondo i principi di adeguatezza e proporzionalità tenendo, in particolare, conto dell'esigenza di rispettare il **termine massimo, previsto dal codice, per l'affidamento degli appalti sottosoglia tramite procedura negoziata (4 mesi; vedi All. I.3)**

I risultati delle indagini di mercato devono essere formalizzati dalla S.A. con apposito provvedimento ferma restando l'esclusione della divulgazione delle informazioni che potrebbero compromettere la posizione degli operatori economici e, comunque, dei segreti tecnici e commerciali e fatto salvo quanto previsto dall'art. 35 del codice in riferimento alla tempistica prevista per la conoscibilità di alcuni dati e atti di gara.



PROCEDURE DI AFFIDAMENTO

(All. II.1 Art. 2, comma 2 – Indagini di mercato)

Il comma 2 disciplina la pubblicità dell'avviso per la presentazione delle manifestazioni d'interesse che deve essere effettuata tramite avviso **sul sito istituzionale dell'ente e sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC**. La durata minima ordinaria di tale pubblicazione è fissata in 15 gg., termine riducibile a 5 gg. nei casi di urgenza motivata in riferimento a ragioni indicate nell'avviso.



PROCEDURE DI AFFIDAMENTO

(All. II.1 Art. 2, comma 3 – Indagini di mercato)

Il comma 3 ha ad oggetto il **contenuto dell'avviso** di avvio dell'indagine di mercato che deve indicare il valore dell'affidamento, gli elementi essenziali del contratto, i requisiti di idoneità professionale, i requisiti minimi di capacità economica/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 deve indicare 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, fermo restando il **divieto di sorteggio o di altri metodi di estrazione casuale dei nominativi che sono consentiti solo in casi eccezionali in cui il ricorso ai criteri 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 e nell'avviso di avvio dell'indagine di mercato.



PROCEDURE DI AFFIDAMENTO

(All. II.1 Art. 3, commi 2 e 3 – Elenco di O.E.)

Gli elenchi sono **costituiti a seguito di avviso pubblico pubblicato sul sito istituzionale dell'ente 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.

Gli elenchi **sono aperti ed aggiornati; ne consegue che l'iscrizione degli operatori provvisti dei requisiti richiesti è consentita senza limitazioni temporali (comma 2).**

Per esigenze pratiche, è stato previsto un meccanismo di **silenzio assenso** (30 o più gg. fino al massimo di 90) allorché la S.A., nel termine prescritto, non emette un diniego motivato della domanda di iscrizione; un siffatto *modus procedendi* consente di snellire le procedure d'iscrizione nell'ipotesi di pluralità di operatori.

Gli elenchi sono oggetto, altresì, di **revisione periodica (comma 3)** secondo le modalità indicate nell'Allegato.



PROCEDURE DI AFFIDAMENTO

(All. II.1 Art. 3, comma 4 – Elenco di O.E.)

Ai fini dell'individuazione degli operatori iscritti nell'elenco da invitare alla procedura negoziata l'Allegato impone la predeterminazione di **criteri oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento** e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza.

Essi devono essere indicati nella determina a contrarre.

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 periodo che precede è **impossibile o comporta per la stazione appaltante oneri assolutamente incompatibili con il celere svolgimento della procedura.**



PROCEDURE DI AFFIDAMENTO – CRITERI DI SCELTA

(Art. 50, comma 4)

Per le **procedure negoziate** le S.A. 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 per i quali il criterio è quello della OEPV (a) i contratti relativi ai **servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera**; 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**).



PROCEDURE DI AFFIDAMENTO – CRITERI DI SCELTA

(Art. 50, comma 4)

Vige, dunque, il principio di libera scelta da parte delle S.A.

Tale libertà di scelta appare funzionale alla conformazione delle regole di gara alle peculiarità di ciascun oggetto contrattuale, in modo tale da garantire il risultato migliore nell'ottica del soddisfacimento dell'interesse del committente. Si tratta, peraltro, di opzione normativa già seguita dal legislatore del decreto legislativo n. 50 del 2016 e anche dalla normativa del periodo emergenziale.

Con riferimento ai contratti ad alta intensità di manodopera le S.A. devono utilizzare l'offerta economicamente più vantaggiosa, onde evitare i costi sociali che potrebbero derivare da una concorrenza basata solamente sul prezzo. È da segnalare che, anche in questo caso, si tratta di conferma di previsione già contenuta sia nella disciplina codicistica che in quella emergenziale. Nel caso di utilizzo facoltativo delle procedure ordinarie, valgono le regole del soprasoglia.



PROCEDURE DI AFFIDAMENTO

(Art. 50, commi 6, 7 e 9)

Disposizioni di semplificazione e di pubblicità aggiuntive

Dopo la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario la S.A. può procedere all'esecuzione anticipata del contratto che nel nuovo Codice non è subordinata all'esistenza dei requisiti di urgenza, come, invece, accade attualmente.

La S.A. può sostituire il certificato di collaudo o di verifica di conformità con il certificato di regolare esecuzione; il certificato deve essere trasmesso entro 3 mesi dall'ultimazione delle prestazioni.

Gli esiti delle procedure sottosoglia sono pubblicati – al pari dell'indicazione dei soggetti invitati per le procedure negoziate – sulla Banca Dati Nazionale dell'ANAC e sul sito istituzionale della S.A.



COMMISSIONE GIUDICATRICE

(Art. 51)

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

La norma parte dal presupposto che il nuovo art. 93 già contempla la possibilità che il RUP possa far parte della commissione giudicatrice ed estende la portata al ruolo di presidente

La norma in esame, per il sottosoglia, risolve in radice il problema concernente la possibilità del RUP di essere sia componente sia presidente della commissione.

Nello schema del Codice era stata inserita una disposizione volta a coordinare l'innovazione introdotta, con la disposizione del T.U. sugli enti locali che prevede, in via generale, l'attribuzione ai dirigenti della «presidenza delle commissioni di gara».

Tale disposizione non è più presente nel testo definitivo con l'effetto che negli enti locali il RUP che presiede le commissioni di gara deve possedere la qualifica dirigenziale.



CONTROLLO SUL POSSESSO DEI REQUISITI

(Art. 52, comma 1)

Negli **affidamenti diretti** sotto 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 e dichiarazioni, **anche** previo sorteggio di un campione individuato con modalità **predeterminate** ogni anno.

La disciplina nasce dall'esigenza di ovviare alle difficoltà correlate ad una verifica sistematica del possesso dei requisiti di partecipazione nelle ipotesi di microaffidamenti.

La S.A. è esonerata dall'obbligo di verifica puntuale dei requisiti dell'affidatario.

La S.A., in luogo di un controllo a carico di tutti gli affidatari, è obbligata solo a verificare le dichiarazioni tramite sorteggio di un campione individuato con modalità predeterminate ogni anno



CONTROLLO SUL POSSESSO DEI REQUISITI

(Art. 52, comma 2)

Quando non sia confermato il possesso dei requisiti generali o speciali dichiarati, la S.A. 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 S.A. per un periodo da uno a dodici mesi decorrenti dall'adozione del provvedimento.

La disposizione mira a responsabilizzare l'affidatario allorché rende l'attestazione concernente il possesso dei requisiti.



CONTROLLO SUL POSSESSO DEI REQUISITI

(Art. 52, comma 2)

Sul secondo comma dell'art. 52 l'ANAC nelle proprie osservazioni sull'Atto di Governo sottoposto a parere parlamentare, è stata fortemente critica.

In particolare ha lamentato: la mancanza di un termine per la comunicazione all'ANAC; un difetto di coordinamento tra il potere della stazione appaltante di sospendere l'operatore economico dalla partecipazione alle proprie gare e il generale potere interdittivo in capo all'ANAC con rischio che i due procedimenti e l'altro dall'ANAC, si concludano con esiti contrastanti e/o non coerenti tra loro; difficoltà che le stazioni appaltanti dovrebbero affrontare nel gestire un procedimento che richiede un pieno ed integrale contraddittorio con l'operatore, nonché una competenza specifica sulla valutazione dell'imputabilità delle dichiarazioni non veritiere rese.



GARANZIE

(Art. 53)

Nelle procedure sottosoglia, la S.A. **non richiede le garanzie provvisorie** salvo che, nelle procedure negoziate, in considerazione della tipologia e specificità della singola procedura, ricorrano particolari esigenze che ne giustifichino la richiesta, indicate nella decisione di contrarre oppure nell'avviso di indizione della procedura o in altro atto equivalente.

Quando è richiesta la garanzia provvisoria non può superare l'1% dell'importo a base di gara.

Previa motivazione, la S.A. **può non chiedere la garanzia definitiva** per i contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria ovvero per i contratti di pari importo a valere su un accordo quadro. Quando richiesta, la garanzia definitiva è pari al 5% dell'importo contrattuale – l'intento è di semplificare l'esecuzione dei contratti di importi inferiore alle soglie europee.



ESCLUSIONE AUTOMATICA DELLE OFFERTE

(Art. 54, comma 1)

Nel caso di aggiudicazione, con il **criterio del prezzo più basso**, di contratti di **lavori o servizi sottosoglia**, che non presentano un interesse transfrontaliero certo, le S.A., in deroga all'art. 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**.

La norma non si applica agli affidamenti diretti.

In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa – la valutazione facoltativa non necessita di una particolare motivazione né può essere sindacata se non nelle ipotesi, remote, di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto (Consiglio di Stato, sez. V, 29 gennaio 2018, n. 604).



ESCLUSIONE AUTOMATICA DELLE OFFERTE

(Art. 54, comma 1)

La *ratio* della previsione poggia sulla circostanza che la concorrenza tra offerte competitive a basso prezzo, sebbene consenta talvolta risparmi economici significativi per le stazioni appaltanti, nondimeno può risultare non conveniente nei casi in cui il basso prezzo sia basato su uno scarso rapporto qualità-prezzo.

Nell'ambito dei contratti di importo inferiore alle soglie europee, tuttavia, la giurisprudenza della Corte di Giustizia (v. la sentenza CJEU n. C-147/06, SECAP vs. Santorso) ammette che possa essere accettabile ricorrere a sistemi di esclusione automatica, ma **soltanto per appalti non di interesse transfrontaliero, al ricorrere di un numero indebitamente elevato di offerte e in presenza di elevati costi e significativi ritardi che la valutazione in contraddittorio di un numero tanto elevato di offerte potrebbe causare.**



ESCLUSIONE AUTOMATICA DELLE OFFERTE

(Art. 54, comma 1)

Ai fini di velocizzare e semplificare il processo di gestione del rischio di anomalia, si è pertanto mantenuto un sistema di esclusione automatica, ma limitatamente a quelle situazioni con un numero di offerte sufficientemente elevato (almeno cinque) e per cui il processo di valutazione dell'anomalia sia più lungo e costoso per le stazioni appaltanti in ragione della maggior complessità intrinseca dei contratti (quindi, per appalti di lavori e servizi, ma **non di forniture**).

L'articolo rispecchia la disciplina emergenziale.

La relazione illustrativa prevede che l'art. 54, per la sua portata generale, è applicabile alle ipotesi di procedura negoziata, ma anche al caso in cui si ricorra alla procedura ordinaria; si esclude esplicitamente l'affidamento diretto con richiesta di più preventivi e nel caso in cui sussista un interesse transfrontaliero certo, dal momento che, al ricorrere di tale ipotesi, l'art. 48, comma 2, prevede che si seguano le procedure ordinarie.



ESCLUSIONE AUTOMATICA DELLE OFFERTE

(Art. 54, commi 2 e 3)

Le S.A. indicano negli atti di gara il metodo per l'individuazione delle offerte anomale scelto tra quelli descritti all'allegato II.2 (tre metodi)

In sede di prima applicazione del Codice l'allegato II.2 è abrogato a decorrere dall'entrata in vigore di un corrispondente regolamento ex L. n. 400/88 art. 17 che lo sostituisce integralmente.



ESCLUSIONE AUTOMATICA DELLE OFFERTE

(Art. 54, commi 2 e 3)

Le S.A. indicano negli atti di gara il metodo per l'individuazione delle offerte anomale scelto tra quelli descritti all'allegato II.2 (tre metodi)

La *ratio* della previsione poggia su una duplice considerazione:

- 1) l'adeguato bilanciamento del rischio di offerte anormalmente basse non può essere soddisfatto da un unico meccanismo in quanto **l'equilibrio ricercato dalla stazione appaltante dipenderà dalle caratteristiche specifiche del contratto** e anche del tessuto produttivo degli operatori economici a cui la stazione appaltante si rivolge;
- 2) il sistema, in ultimo delineato nel decreto legislativo n. 50/2016, si prestava, nel tempo, a una possibilità di predeterminazione, da parte degli offerenti, dei parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia.

La disposizione consente, per l'appunto, alle stazioni appaltanti di scegliere, in via alternativa e senza necessità di motivazione, uno dei tre metodi di calcolo della soglia descritti nell'allegato II.2, con l'unica condizione di indicare negli atti indittivi il metodo prescelto.



ESCLUSIONE AUTOMATICA DELLE OFFERTE

(Art. 54)

Al riguardo l'ANAC nelle proprie osservazioni sull'Atto di Governo sottoposto a parere parlamentare ha osservato che la formulazione secondo cui le S.A. *“prevedono negli atti di gara, l'esclusione automatica...”* rischia di riproporre il dubbio sulla obbligatorietà o meno dell'istituto, vale a dire se l'esclusione automatica si applichi anche in assenza di una esplicita previsione negli atti di gara, etero-integrando gli stessi.

Tenuto conto che il secondo comma impone l'obbligo di indicare il metodo per l'individuazione delle offerte anomale, si desume che, **se l'esclusione automatica non è prevista negli atti di gara, la stessa non è applicabile.**



ESCLUSIONE AUTOMATICA DELLE OFFERTE

(Art. 54)

PRINCIPALI NOVITA' IN SINTESI:

- la norma si applica a lavori e servizi e non a forniture
- opzione della stazione appaltante da indicare nell'avviso di indizione della procedura
- i metodi di determinazione della soglia di anomalia sono passati da 2 a 3
- la scelta del metodo è rimessa alla S.A. che lo indica nell'avviso di indizione della procedura e non dipende più dal numero dei concorrenti



TERMINI PER LA STIPULA DEL CONTRATTO

(Art. 55)

La stipulazione del contratto avviene **entro trenta giorni** dall'aggiudicazione mentre si prescinde dal controllo dei requisiti.

I termini dilatori previsti per le procedure ordinarie **non si applicano** agli affidamenti dei contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea.

La norma ha carattere fortemente innovativo, escludendo l'applicazione, in **tutti gli affidamenti di contratti sotto soglia (prima valeva solo per gli affidamenti diretti)**, dei termini dilatori sia di natura procedimentale che processuale.

Per effetto di tale norma i contratti di appalto sottosoglia – in estrema ipotesi – possono essere sottoscritti anche il giorno seguente all'aggiudicazione e ciò anche per i contratti di lavori di importo molto «vicino» alla soglia comunitaria di € 5,82 milioni.



TERMINI PER LA STIPULA DEL CONTRATTO

(Art. 55)

La norma costituisce attuazione del principio direttivo contenuto nell'art. 1, comma 2, lett. m), della legge delega, volto alla «riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara, alla stipula dei contratti [...]».

Non sembrano profilarsi problemi di compatibilità con diritto europeo che prevede che il termine dilatorio con effetto sospensivo si applica agli appalti sopra soglia.

Nel processo amministrativo la proposizione del ricorso non sospende automaticamente l'atto impugnato; la differente disciplina prevista, sul punto, per i contratti sopra soglia si giustifica anche in ragione della loro rilevanza sotto il profilo economico



2. SUBAPPALTO E AVVALIMENTO

PREMESSA

Il subappalto costituisce da sempre un terreno di scontro tra la necessità avvertita dal Legislatore italiano di ostacolare fenomeni corruttivi e l'apertura europea che propende per l'utilizzo del subappalto, inteso come istituto che **incoraggia il mercato e permette lo sviluppo delle PMI**. Un simile contrasto, che evidentemente caratterizza l'istituto, ha fatto sì che il subappalto sia stato uno degli istituti più tormentati degli ultimi anni.

Anche le ultime modifiche introdotte nel nuovo Codice dei contratti pubblici in merito alla disciplina del subappalto, costituiscono prevalentemente l'epilogo di un articolato percorso di evoluzione normativa e giurisprudenziale dell'istituto avviato a seguito della Procedura di infrazione della Commissione europea n. 2018/2273 del 24.1.2019 e di importanti pronunce della Corte di Giustizia.



Con la lettera di costituzione in mora inviata al Ministro degli Affari esteri e della Cooperazione Internazionale, la Commissione UE ha avviato la procedura di Infrazione n. 2018/2273, contestando all'Italia la mancata conformità del quadro giuridico italiano in materia di contratti pubblici alle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

In estrema sintesi, con specifico riferimento alla disciplina del subappalto, la Commissione ha ritenuto non conformi al diritto europeo:

- il limite quantitativo di ricorso al subappalto (originariamente fissato al 30% dell'importo del contratto principale);
- l'obbligo di indicare la terna di subappaltatori proposti;
- il divieto per un subappaltatore di fare a sua volta ricorso ad un altro subappaltatore (c.d. divieto di subappalto a cascata);
- il divieto per l'offerente in una determinata gara di essere subappaltatore di un altro offerente nella stessa gara.



A fronte della presa di posizione dell'Unione Europea, il Legislatore italiano ha dovuto porre mano alla normativa in materia di subappalto.

Inizialmente è stata incrementata dal 30% al 50% della soglia massima del subappalto per effetto del DL 18 aprile 2019, n. 32 (cosiddetto "Sblocca cantieri"), soglia poi ridotta in sede di conversione in Legge 14 giugno 2019, n. 55, al 40% fino al 31 dicembre 2020, data sino alla quale è stato anche sospeso l'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori.

Il Decreto Legge n. 183 del 31 dicembre 2020 (c.d. "Milleproroghe") all'art. 13, comma 2, lett. c), ha poi disposto di prorogare al 30 giugno 2021 il limite quantitativo del 40% al subappalto dei contratti pubblici, e al 31 dicembre 2021 il periodo di sospensione dell'obbligo di indicare in gara la terna dei subappaltatori.



Successivamente l'articolo 49 del DL 31 maggio 2021, n. 77 (cosiddetto "Semplificazioni bis") ha previsto:

- dall'entrata in vigore del decreto fino al 31 ottobre 2021, il ripristino della soglia massima di subappalto al 50%;
- a partire dal 1° novembre 2021, **l'abrogazione dei limiti percentuali per il ricorso al subappalto, nonché l'estensione al subappaltatore della responsabilità, in via solidale con l'appaltatore, per le opere oggetto di subappalto.**

In linea con tale processo di progressiva liberalizzazione dell'istituto si è posta, infine, la legge europea 23 dicembre 2021, n. 238, che ha superato definitivamente la preclusione, per un partecipante ad una gara di appalto pubblico, ad essere subappaltatore dell'aggiudicatario e l'obbligo di indicazione, in sede di offerta, di una terna di subappaltatori.



Il 6 aprile 2022, la Commissione europea ha deciso di adottare una **costituzione in mora complementare** a carico dell'Italia volta a garantire il corretto recepimento delle direttive in materia di appalti pubblici e concessioni.

Per quanto riguarda l'istituto del subappalto la Commissione Ue ha invitato l'Italia ad affrontare le **questioni ancora in sospeso**, tra cui «il divieto per i subappaltatori di ricorrere ad altri subappaltatori».

In particolare l'atto di Costituzione in mora (infrazione n. 2018/2273) aveva evidenziato che l'articolo 71, paragrafo 5, quinto comma, della direttiva 2014/24/UE recita *“Le amministrazioni aggiudicatrici possono estendere o possono essere obbligate dagli Stati membri a estendere gli obblighi previsti al primo comma, [cioè l'obbligo di indicare alle amministrazioni aggiudicatrici nome, recapito e rappresentanti legali dei subappaltatori] ad esempio: [...] b) ai subappaltatori dei subappaltatori del contraente principale o ai subappaltatori successivi nella catena dei subappalti”*



L'articolo 88, paragrafo 5, quinto comma, della direttiva 2014/25/UE e l'articolo 42, paragrafo 3, quarto comma, della direttiva 2014/23/UE contengono la stessa disposizione.

Da tali disposizioni, nonché dall'obbligo di rispettare i principi di proporzionalità e parità di trattamento di cui all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE, all'articolo 36, paragrafo 1, della direttiva 2014/25/UE e all'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2014/23/UE, è risultato per la Commissione che **gli Stati membri non possano imporre ai subappaltatori un «divieto generale e universale» di fare a loro volta ricorso ad altri subappaltatori.**



LEGGE DELEGA

Con Legge 21 giugno 2022, n. 78, all'art. 1 il Governo italiano è stato delegato «*ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici, **anche al fine di adeguarla al diritto europeo** e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché **al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate**».*



IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

La prima redazione dell'articolato è stata affidata ad una Commissione a tal fine istituita presso il Consiglio di Stato che ha concluso i suoi lavori rimettendo al Governo uno schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Il Consiglio dei Ministri nella seduta del **16/12/2022** ha approvato in via preliminare, un decreto legislativo di riforma del Codice dei contratti pubblici.

Rispetto alla schema sono stati avanzati diversi rilievi critici da parte del Parlamento e dell'ANAC sulle modifiche introdotte in materia di subappalto.

Ma il nuovo Codice, adottato con D.Lgs n. 36/2023, entrato in vigore il 1° aprile 2023 con acquisto dell'efficacia dal **1° luglio 2023**, non ha tenuto conto dei suggerimenti.

Entro due anni dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo, il Governo può apportarvi le correzioni e integrazioni che l'applicazione pratica renda necessarie od opportune.

IL SUBAPPALTO

Il testo dell'art. 105 d.lgs. n. 50/2016 dedicato alla disciplina del subappalto sembra essere stato quasi interamente riprodotto nel nuovo art. 119 che conferma, in buona sostanza, l'attuale quadro normativo ad accezione del **superamento del divieto del c.d. subappalto «a cascata»**.

Ed infatti l'art. 119, che conta 20 commi in luogo dei 22 precedenti, riporta come modifica più evidente il testo del comma 17.

Con il superamento del divieto del subappalto a cascata, la disciplina del subappalto, contenuta nell'articolo 119, rappresenta l'esito del processo di liberalizzazione volto a conformare tale istituto ai principi della normativa sovranazionale in materia, superando così l'originaria impostazione restrittiva del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.



SINTESI

In sintesi, a differenza della versione originaria dell'art. 105 del Codice, oggi l'articolo 119 del Codice non prevede:

- limitazioni percentuali per il ricorso al subappalto;
- il divieto per i soggetti partecipanti alla procedura di affidamento del contratto di appalto di divenire subappaltatori dell'aggiudicatario;
- l'obbligo di indicazione, in sede di offerta, di una terna di subappaltatori;
- l'esclusiva responsabilità dell'appaltatore per le prestazioni oggetto del contratto di subappalto;
- il divieto del subappalto "a cascata".



PERMANENZA DEL PRINCIPIO DELL'ESECUZIONE DELL'APPALTO IN PROPRIO

Art. 119, comma 1 – «*I soggetti affidatari dei contratti eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi e le forniture compresi nel contratto. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 120, comma 1, lettera d) (sostituzione dell'aggiudicatario), **la cessione del contratto è nulla.***

E' altresì nullo l'accordo con cui a terzi sia affidata l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni appaltate, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla categoria prevalente e dei contratti ad alta intensità di manodopera».

La *ratio* è quella di non eludere lo scopo della procedura di selezione, che sarebbe vanificato qualora nella fase esecutiva dei lavori si pervenisse alla sostanziale sostituzione dell'affidatario con il subappaltatore.

Nel comma 1 si è apportata una correzione al comma 1 dell'attuale art. 105, per rimediare ad un'impresione teorica riguardante il regime delle nullità collegato al divieto di cessione del contratto ed ai limiti del subappalto. Si è quindi previsto che **la nullità riguardi il contratto di cessione e gli accordi in deroga ai limiti normativi del subappalto**, mentre l'ambigua formulazione dell'art. 105, comma 1, riferiva la nullità, piuttosto, al contratto ceduto.

Sempre nel comma 1, al terzo periodo, si è riferito il limite al subappalto alla prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla "categoria prevalente" piuttosto che al "complesso delle categorie prevalenti" (come nel comma 1 dell'art. 105) per collegare la previsione all'attuale sistema di qualificazione degli operatori economici, che prevede che la categoria prevalente sia unica.



PERMANENZA DEL PRINCIPIO DELL'ESECUZIONE DELL'APPALTO IN PROPRIO

Permane la regola generale in base alla quale i soggetti affidatari dei contratti disciplinati dal Codice **eseguono in proprio** le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto (art. 119, comma 1).

Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzo esecuzione di determinate lavorazioni, servizi o forniture (riguarda «parte» del contratto principale).

La cessione del contratto è **NULLA** (la cessione differisce dal subappalto in quanto nella prima vi è una successione a titolo particolare nella qualità di parte contraente conseguente al trasferimento della posizione contrattuale mentre il subappalto è un contratto derivato/accessorio (subcontratto): soggetto alle vicende del contratto principale (es. la nullità del contratto appalto si ripercuote su subappalto).



PERMANENZA DEL PRINCIPIO DELL'ESECUZIONE DELL'APPALTO IN PROPRIO

Ai sensi dell'art. 119, comma 2 «*Nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3, previa adeguata motivazione nella decisione di contrarre, le stazioni appaltanti, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui all'articolo 104, comma 11, in ragione dell'esigenza di rafforzare, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali».*

Si prescinde da tale ultima valutazione quando i subappaltatori siano iscritti nella “white list” o inseriti nell'anagrafe antimafia degli esecutori.



PERMANENZA DEL PRINCIPIO DELL'ESECUZIONE DELL'APPALTO IN PROPRIO

Il disposto dell'art. 119, comma 2 si pone in linea con quanto precisato dalla Corte di Giustizia (Corte di Giustizia Europea causa C-63/2018 Sentenza del 26 settembre 2019) che, nel sancire l'illegittimità del limite percentuale al subappalto, aveva ammesso la possibilità di limitare il subappalto non in via generale e astratta, ma autorizzando la specifica stazione appaltante a limitare essa stessa tale istituto, magari ponderando discrezionalmente.

A tale scopo dovrebbe essere necessario dimostrare che siffatto divieto al subappalto risulti necessario al fine di contrastare la criminalità organizzata nell'ambito dell'appalto in questione.



PERMANENZA DEL PRINCIPIO DELL'ESECUZIONE DELL'APPALTO IN PROPRIO

Dunque, eccezioni alla liberalizzazione totale del subappalto:

- “generalì”, previste direttamente dalla normativa e consistenti, in particolare, in:

(i) divieto di cessione del contratto di appalto;

(ii) divieto di affidare a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto;

(iii) divieto di affidare a terzi la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla categoria prevalente;

(iv) divieto di affidare a terzi la prevalente esecuzione dei contratti ad alta intensità di manodopera;

- “eccezioni particolari”, disposte dalla singola stazione appaltante per la specifica gara.



LA DEFINIZIONE DI SUBAPPALTO

Una modifica viene introdotta nella definizione di subappalto nel comma 2 dell'art. 119. Il Codice definisce il subappalto come il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto (art. 105, comma 2); nel nuovo Codice troviamo l'inciso «**con organizzazione di mezzi e rischi a carico del subappaltatore**» che rievoca la definizione codicistica dell'appalto (art.1655) (art. 119, comma 2)

L'inserimento dell'inciso nasce dalla necessità di rimarcare la differenza tra l'istituto del subappalto (rilevante nella fase di esecuzione del rapporto, contraddistinto dal fatto che il rischio imprenditoriale ed economico inerente all'esecuzione delle prestazioni in esso previste è assunto dal subappaltatore attraverso la propria organizzazione) rispetto ad altri contratti.



LA DEFINIZIONE DI SUBAPPALTO

Al pari di quanto già previsto dall'art. 105 dell'attuale Codice, anche l'art. 119, comma 2 prevede che «**costituisce, comunque, subappalto di lavori** qualsiasi contratto stipulato dall'appaltatore con terzi avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare».

Tesi giurisprudenza (Tar Veneto, Sez. I, 13/ 02 /2020, n. 153): per essere subappalto **devono ricorrere ambedue le condizioni** 2% dell'importo del contratto o 100.00 euro, se superiore e incidenza del 50% della manodopera (ad esempio, un subcontratto di importo superiore a 100.000 euro, ma con incidenza della manodopera inferiore al 50%, non è qualificabile come subappalto).

Nel conteggio della manodopera valgono attività «ovunque espletate» (nel cantiere)

Per l'ANAC non ha alcuna valenza l'importo ma il carattere distintivo tra fornitura con posa in opera e subappalto è data dalla "trasformazione soggettiva del bene fornito":

- subappalto quando il bene viene trasformato all'interno del cantiere;
- fornitura con posa in opera nelle ipotesi in cui il materiale fornito entra già come un bene finito (mantiene inalterate le proprie caratteristiche strutturali, es. ponteggio).



LA DEFINIZIONE DI SUBAPPALTO

L'affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del subcontratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati.

Sono, altresì, comunicate alla stazione appaltante eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del sub-contratto.



I CONTRATTI SIMILARI

Il comma 3 dell'art. 119 del nuovo Codice contiene una modifica tra le **attività che espressamente non si considerano subappalto**;

Oltre alle originarie ipotesi delle **subforniture a catalogo di prodotti informatici** e degli **affidamenti di servizi di importo inferiore a 20.000 euro annui a imprenditori agricoli**

non rientrano nel subappalto gli affidamenti di **attività affidate a lavoratori autonomi** e le **prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della gara, solo quando dette attività/prestazioni sono «secondarie, accessorie o sussidiarie»**; l'inciso è stato inserito in ragione dei chiarimenti offerti dalla giurisprudenza sulla norma che in più occasioni ha precisato che tali prestazione **si devono limitare a procurare all'aggiudicatario i mezzi per l'esecuzione della prestazione principale e non devono costituire prestazioni esse stesse altrimenti si avrebbe subappalto.**

Deve trattarsi di prestazioni non direttamente rivolte alla stazione appaltante e non coincidenti contenutisticamente con la prestazione dedotta in contratto; prestazioni che sarebbero state comunque e legittimamente acquisibili *ab externo* dal soggetto affidatario, rivolgendosi ai propri fornitori.



I CONTRATTI SIMILARI

La giurisprudenza ha anzitutto chiarito, in termini di definizione dei contratti in argomento, come “(...) con i *“contratti di cooperazione servizio e/o fornitura”* la legge faccia riferimento ai contratti che il concorrente stipula con terzi allo scopo di procurarsi quanto necessario alla propria attività d’impresa ovvero, nello specifico, quei beni e servizi indispensabili all’esecuzione della prestazione in affidamento.

I terzi contraenti, quindi, non eseguono una parte della prestazione oggetto dell’appalto ma procurano all’operatore economico aggiudicatario i mezzi per la sua esecuzione.

A detti contratti, dunque, l’amministrazione aggiudicatrice resta completamente estranea come *res inter alios acta*” (così Consiglio di Stato, Sez. V, 19 maggio 2020, n. 3169; in termini v. anche Tribunale Regionale della Giustizia Amministrativa di Trento, 29 settembre 2020, n. 166).

Ed ancora trattasi di ***“prestazioni che, pur comprese nel complessivo oggetto del contratto e pur necessarie per la corretta esecuzione della prestazione principale, appaiono rispetto a questa di carattere complementare ed aggiuntivo, avendo natura residuale ed accessoria”*** (Con. Stato, sez. V, nn. 3211/2020 e 607/2020 e sez. III, n. 1603/2020; Tar Lazio, sez. II bis, n. 14795/2019; Tar Pescara, sez. I, nn. 43/2018 e 199/2018; Tar Palermo, sez. III, n. 2583/2018)” (Consiglio di Stato, Sez. V, 17 novembre 2020, n. 7142, cit.).



I CONTRATTI SIMILARI

In definitiva, tali contratti si caratterizzano per la “direzione soggettiva”, in quanto resi all’impresa aggiudicataria, e per l’“oggetto del contratto” che è altro rispetto alla prestazione in affidamento con il contratto d’appalto (Cons. Stato, V, 24 gennaio 2020, n. 607)” (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 19 maggio 2020, n. 3169, cit.; Tribunale Regionale della Giustizia Amministrativa di Trento, 29 settembre 2020, n. 166, cit.).

Casi dubbi si sono rilevati il possesso di un centro di cottura, di un laboratorio di analisi, di una sede operativa in determinati luoghi, di uno sportello di ascolto.

Criteri distintivi sono:

la direzione soggettiva – devono essere resi nei confronti dell’impresa e non del soggetto pubblico
oggetto del contratto - che deve essere diverso dall’oggetto del contratto di appalto



PRESUPPOSTI PER L'ATTUAZIONE DELL'ISTITUTO

Come noto il ricorso al subappalto soggiace a una serie di peculiari oneri, vincoli e limiti di legge, stabiliti dall'art. 105 del Codice e **ribaditi dal nuovo Codice** quali presupposti essenziale per l'attuazione di tale istituto.

Tra questi:

- in fase di gara, l'espressa dichiarazione, da parte dell'operatore economico concorrente, relativa all'intendimento di subappaltare e alla indicazione delle parti di prestazioni oggetto di subappalto;
- in fase di esecuzione, il rilascio di una autorizzazione preventiva da parte della stazione appaltante, in esito alla verifica positiva della sussistenza di una serie di specifici requisiti e condizioni di legge in capo al subappaltatore.



PRESUPPOSTI PER L'ATTUAZIONE DELL'ISTITUTO

Ai sensi dell'art. 119, comma 4

«I soggetti affidatari dei contratti di cui al Codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante a condizione che:

- a) il subappaltatore sia qualificato per le lavorazioni o le prestazioni da eseguire;
- b) non sussistano a suo carico le cause di esclusione;
- c) all'atto dell'offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare».



PRESUPPOSTI PER L'ATTUAZIONE DELL'ISTITUTO

Nella Delibera n. 791 del 7 ottobre 2020, l'ANAC chiarisce che in caso di **totale assenza, in sede di presentazione dell'offerta, della dichiarazione di voler utilizzare al subappalto, non è possibile ricorrere al "soccorso istruttorio"**, in quanto tale istituto è attivabile al fine di integrare dichiarazioni incomplete ma non invece per rimediare ai casi in cui una dichiarazione essenziale ai fini della partecipazione manchi del tutto.

La giurisprudenza ha invece chiarito nei casi di mancata dichiarazione sul punto in sede di presentazione dell'offerta, **il subappalto sarà vietato solo nel caso in cui l'impresa non integri la propria dichiarazione neppure dopo il termine assegnato dall'Amministrazione**. Ad avallare tali conclusioni può richiamarsi la giurisprudenza secondo cui **la dichiarazione relativa al subappalto possa essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto quanto meno nelle ipotesi in cui il concorrente disponga autonomamente, come nel caso in esame, delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione delle lavorazioni oggetto dell'appalto, ossia nelle ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, e non la via necessitata per partecipare alla gara** (cfr. Cons. St., sez. IV, 13.03.2014 n. 1224)



PRESUPPOSTI PER L'ATTUAZIONE DELL'ISTITUTO

Ai sensi dell'art. 119, comma 5

«L'affidatario trasmette il contratto di subappalto alla stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni. Contestualmente trasmette la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza delle cause di esclusione di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del presente Libro (requisiti di ordine generale) e il possesso dei requisiti di cui agli articoli 100 e 103 (requisiti speciali). La stazione appaltante verifica la dichiarazione tramite la Banca dati nazionale di cui all'articolo 23. Il contratto di subappalto, corredato della documentazione tecnica, amministrativa e grafica direttamente derivata dagli atti del contratto affidato, indica puntualmente l'ambito operativo del subappalto sia in termini prestazionali che economici».



PRESUPPOSTI PER L'ATTUAZIONE DELL'ISTITUTO

Ai sensi dell'art. 119, comma 16

«L'affidatario che si avvale del subappalto o del cottimo deve allegare alla copia autentica del contratto la dichiarazione circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento a norma dell'articolo 2359 del codice civile con il titolare del subappalto o del cottimo. Analoga dichiarazione deve essere effettuata da ciascuno dei soggetti partecipanti nel caso di raggruppamento temporaneo, società o consorzio».

La S.A. rilascia l'autorizzazione **entro trenta giorni** dalla relativa richiesta; tale termine può essere prorogato una sola volta, quando ricorrano giustificati motivi. Trascorso tale termine senza che si sia provveduto, l'autorizzazione si intende concessa. Per i subappalti o cottimi di importo inferiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo inferiore a 100.000 euro, i termini sono ridotti della metà.

È altresì fatto obbligo di acquisire autorizzazione integrativa qualora l'oggetto del subappalto subisca variazioni e l'importo dello stesso sia incrementato.

Il subappalto non autorizzato comporta l'applicazione delle sanzioni penali per l'appaltatore e per la Stazione appaltante che deve denunciare.



IL SUBAPPALTO A CASCATA

Per subappalto a cascata s'intende l'affidamento di prestazioni di competenza del subappaltatore, ad altra impresa.

L'art. 105, comma 19, del D.Lgs. 50/2016, aveva previsto che: «*L'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto*»;

La *ratio* della disposizione era quella di evitare che nella fase dell'esecuzione dell'appalto potessero essere elusi i controlli sugli esecutori del contratto principale.

In sostanza, la norma tendeva a scongiurare il rischio che parte delle opere o dei servizi **potesse essere realizzata da soggetti che non avessero i necessari requisiti previsti dalla legge o le qualifiche richieste**, nonché garantire un effettivo controllo da parte della pubblica amministrazione nei confronti dell'aggiudicatario e dell'esecutore, evitando le possibili pressioni da parte organizzazioni criminali per cercare di infiltrarsi nell'esecuzione dell'appalto.



IL SUBAPPALTO A CASCATA

Oggi la disposizione è stata sostituita dall'art. 119, comma 17 «***Le stazioni appaltanti indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto che, pur subappaltabili, non possono formare oggetto di ulteriore subappalto, in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto e dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori oppure di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali***. Si prescinde da tale ultima valutazione quando i subappaltatori ulteriori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190 (white list), ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229»



IL SUBAPPALTO A CASCATA

Pertanto a seguito della suddetta modifica normativa, la Stazione Appaltante può oggi individuare (purché ciò avvenga nell'ambito dei documenti di gara) sia le prestazioni o le lavorazioni che devono necessariamente essere eseguite dall'aggiudicatario (comma 2) sia quelle che non possono formare oggetto di subappalto "a cascata" (comma 17).

In entrambi i casi, la *ratio* è di garantire la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori nei cantieri e di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali.

Si prescinde da tale ultima valutazione solo se i subappaltatori ulteriori sono iscritti nella "white list" o inseriti nell'anagrafe antimafia degli esecutori.

Tra i due commi l'unica differenza è data dal fatto che nel primo caso è contenuto l'inciso «nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3, previa adeguata motivazione nella decisione di contrarre» che per il subappalto a cascata non è stato ripetuto.



RILIEVI CRITICI SUL SUBAPPALTO A CASCATA

L'ANAC nelle osservazioni in relazione all'Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 19 ha rilevato che *«dal dato testuale sembra evincersi un obbligo per la stazione appaltante di indicare nei documenti di gara le prestazioni che non possono essere ulteriormente subappaltate con una **congrua motivazione** che indichi puntualmente i presupposti di fatto e le ragioni della scelta operata.*

Tale indicazione deve essere, infatti, preceduta da una valutazione della stazione appaltante, da un lato in merito alle specifiche caratteristiche dell'appalto, alla natura o complessità delle prestazioni da effettuare e, dall'altro, in merito all'esigenza di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro, o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori.

Tuttavia, il successivo periodo specifica che si prescinde da tale ultima valutazione (rischio di infiltrazioni criminali) quando i subappaltatori ulteriori siano iscritti nella white list ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori.



RILIEVI CRITICI SUL SUBAPPALTO A CASCATA

Secondo l'ANAC non è chiaro se la valutazione del rischio di infiltrazioni criminali vada fatta in sede di redazione dei documenti di gara e, dunque, attenga all'oggetto dell'appalto, oppure vada fatta a valle, al momento della valutazione delle **caratteristiche soggettive del sub-sub appaltatore**, in quanto il comma 17 esonera espressamente la stazione appaltante dalla valutazione del rischio di infiltrazioni criminali quando i subappaltatori ulteriori sono iscritti nelle White list delle Prefetture oppure nell'Anagrafe antimafia degli esecutori del Ministero dell'Interno.

Si osserva inoltre che, se la valutazione dovesse essere fatta a monte, il riferimento al generico rischio di “infiltrazioni criminali” appare troppo discrezionale e non ancorato né a parametri oggettivi né alle fonti informative a cui dovrebbe attingere la stessa stazione appaltante. **Un utile parametro di riferimento potrebbe essere costituito dall'elenco delle attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa** di cui all'articolo 1, comma 53, della legge 190/2012; tuttavia non sembrerebbe sufficiente in quanto la “criminalità” è più ampia dell'associazionismo con finalità mafiosa e nell'ambito degli appalti pubblici ha colpito anche altri settori (es. sanità, accoglienza, ecc.).



RILIEVI CRITICI SUL SUBAPPALTO A CASCATA

In ogni caso, in generale l'ANAC ritiene che il sistema configurato dall'articolo 119, comma 17, possa creare qualche **criticità in campo applicativo, poiché lascia un'ampia discrezionalità alla stazione appaltante nell'individuazione delle prestazioni che non possono essere ulteriormente subappaltate**, senza fornire utili indicazioni cui potersi riferire anche al fine di favorire omogenee interpretazioni della norma e un'attuazione univoca da parte delle S.A.

La sussistenza di prestazioni subappaltabili che possono formare oggetto di ulteriore subappalto comporta, inoltre, **un naturale incremento dei controlli da parte della stazione appaltante, che dovrà rafforzarli sia in fase di autorizzazione, in particolare verificando l'idoneità dei subappaltatori, che in corso di esecuzione.**

Infatti, **il subappalto a cascata potrebbe accrescere il rischio del ricorso a subappalti non autorizzati** (con conseguente integrazione del reato previsto dall'articolo 21 della Legge 13 settembre 1982, n. 646).



RILIEVI CRITICI SUL SUBAPPALTO A CASCATA

Altri rilievi critici hanno riguardato la mancanza di una disciplina specifica di tali tipi di affidamenti, in **assenza di un rinvio esplicito alle norme proprie sul subappalto**.

Ciò non consente di comprendere, nello specifico, i procedimenti da seguire per autorizzare e per monitorare le esecuzioni così affidate.

Rilievi critici sono pervenuti anche da sindacati e associazioni di categoria che vedono nella liberalizzazione del subappalto a cascata un via libera per infiltrazioni criminali, lavoro in nero e imprese non qualificate.



RILIEVI CRITICI SUL SUBAPPALTO A CASCATA

In assenza di un rinvio esplicito alle norme del subappalto ci si chiede se anche per il subappalto a cascata debbano essere osservate le regole che disciplinano il presupposto per l'autorizzazione e la relativa procedura, rimaste immutate nel nuovo Codice.

La problematica è stata sollevata anche nelle relazioni parlamentari che rispetto allo schema di decreto avevano suggerito al Governo di valutare *«l'opportunità, con riferimento all'articolo 119, nell'ipotesi di subappalto c.d. a cascata, di estendere ai subappalti oggetto di ulteriore subappalto tutte le disposizioni di carattere obbligatorio previste dal Codice a carico dell'operatore economico titolare del contratto **all'atto della manifestazione della volontà di procedere con il subappalto principale**»*



PRESUPPOSTI PER L'AUTORIZZAZIONE

Si è riferito che il subappaltatore debba essere qualificato e che all'atto dell'offerta devono essere stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che l'appaltatore intende subappaltare.

Sicuramente il sub-sub appaltatore dovrà essere qualificato ma per il subappalto a cascata non è chiaro se e quando dovrebbe essere resa la dichiarazione di voler ulteriormente subappaltare e quali prestazioni e se la dichiarazione debba essere resa già dall'offerente o dal subappaltatore.



ISTANZA DI SUB-SUBAPPALTO

Anche il sub-subappalto dovrà essere autorizzato e quindi dovrebbe essere necessaria (i) un'istanza di autorizzazione (a cura di chi?); (ii) il deposito del **contratto di sub-subappalto** presso la stazione appaltante almeno 20 giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni unitamente alla (iii) la **dichiarazione del sub-subappaltatore attestante l'assenza dei motivi di esclusione** e (iv) la **dichiarazione appaltatore circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento a norma dell'articolo 2359 c.c. con il titolare del sub-subappalto.**

La stazione appaltante dovrebbe acquisire d'ufficio il DURC in corso di validità relativo all'affidatario e a tutti i subappaltatori e a tutti i sub-subappaltatori.

Il procedimento di autorizzazione del sub-subappalto dovrebbe avere le medesime tempistiche previste per l'autorizzazione del subappalto.



RILIEVI CRITICI SUL SUBAPPALTO A CASCATA

Il divieto generalizzato di subappalto a cascata ha così ceduto il passo ad una legittimazione altrettanto generalizzata di un subappalto «a cascata»; la disposizione in esame, pur ammettendo l'astratta possibilità di configurare subappalti «a cascata», non ha introdotto alcuna proceduralizzazione del relativo *iter* autorizzatorio (da ritenere comunque imprescindibile), né ha disciplinato molti aspetti che esigerebbero di essere chiariti per poter dare concreta applicazione ad un'ipotesi (quella subappalto «a cascata») mai messa in pratica nel nostro ordinamento in quanto sempre considerata vietata dalla legge (e, in particolare, dalla normativa finalizzata al contrasto al fenomeno mafioso; cfr. art. 18 della L. n. 55/1990).



RILIEVI CRITICI SUL SUBAPPALTO A CASCATA

Ne derivano, in sede di prima applicazione, evidenti incertezze. In relazione ad un eventuale subappalto «a cascata», **non infatti è chiaro, ad esempio, se vi sia un limite ai livelli di «cascata» che possano configurarsi, quali siano le modalità per la richiesta e per il rilascio dell'autorizzazione da parte della stazione appaltante, come si atteggi la responsabilità solidale in tali ipotesi, con quali modalità possano essere certificate e poi valorizzate ai fini della qualificazione le prestazioni eseguite con tali modalità dagli operatori coinvolti nella commessa. Non è chiaro nemmeno se la facoltà di subappaltare «a cascata» rappresenti una prerogativa rimessa totalmente al subappaltatore di “primo livello” (chiamiamolo così), o se sia legittimamente possibile per l'appaltatore principale – e con quali eventuali strumenti - limitare la facoltà del proprio subappaltatore di subaffidare, a sua volta, le prestazioni demandategli.**



RILIEVI CRITICI SUL SUBAPPALTO A CASCATA

Si può avere quasi l'impressione che il legislatore del nuovo Codice, sulla spinta dell'esigenza di adeguare la normativa interna alle previsioni di rango comunitario, sia andato oltre a quanto sarebbe stato necessario e sufficiente in tal senso. Infatti, la lettera di messa in mora della Commissione europea, inerente alla procedura di infrazione n. 2018/2273, si appuntava solamente sulla constatazione che gli Stati membri non potrebbero imporre ai subappaltatori *“un divieto generale e universale di fare a loro volta ricorso ad altri subappaltatori”*. Sicché, ferma la necessità di superare un tale generale e universale divieto (come effettivamente sancito dal comma 19 del previgente art. 105 D.Lgs. n. 50/2016), non era tuttavia precluso al nostro Legislatore (e sarebbe stato auspicabile) disciplinare in modo più dettagliato e selettivo le condizioni per poter configurare un eventuale subappalto «a cascata».



LE ALTRE NOVITÀ DELLO SCHEMA DEL NUOVO CODICE

Per il resto la disposizione di cui all'art. 119 del nuovo Codice ricalca sostanzialmente quella di cui all'art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016 con alcune modifiche dettate, in parte, dalla necessità di raccordare il testo con le altre disposizioni normative contenute nel nuovo Codice ed, in parte, dalla necessità di operare alcune specificazioni alla luce delle difficoltà interpretative generate dalla lettura del testo originario.



LA SOSTITUZIONE DEI SUBAPPALTATORI

Il comma 10 dell'art. 119 del nuovo Codice dei contratti proceduralizza la sostituzione da parte dell'affidatario dei subappaltatori relativamente ai quali, all'esito di apposita verifica, sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione di cui al capo II del titolo IV contenente i requisiti di ordine generale.

Attraverso la modifica della locuzione «l'affidatario deve provvedere a sostituire i subappaltatori» contenuta nel comma 12 dell'art. 105 troviamo nella schema la dizione «**l'affidatario sostituisce, previa autorizzazione della stazione appaltante, i subappaltatori**».

Anche i requisiti del subappaltatore, oltre a dover essere presenti nella fase autorizzativa, devono perdurare per tutta l'esecuzione del subappalto.

L'ANAC, con il parere n. 11 del 27 dicembre 2021, in un caso di perdita dei requisiti generali da parte di un subappaltatore dopo l'autorizzazione al subappalto, quindi, anche dopo la verifica dei requisiti speciali e generali ha chiarito che:

- la stazione appaltante consente all'appaltatore la sostituzione del subappaltatore;
- l'affidatario provveda a sostituirlo con altro subappaltatore in possesso di tutti i requisiti generali e speciali occorrenti per l'esecuzione (di parte) del contratto.



IL SUBAPPALTO NELLE CONCESSIONI

Infine, grande snellimento dell'art. 174, relativo alle concessioni in materia di subappalto che viene interamente modificato: l'intero ricorso al subappalto da parte del concessionario, come disposto nell'art. 188 del nuovo Codice «è **regolato dalle corrispondenti disposizioni in materia di appalto, di cui all'articolo 119**».

In sostanza, il Legislatore prevede che per le concessioni in subappalto sia necessario fare riferimento alle stesse norme previste per l'esecuzione del subappalto e riportate nel nuovo articolo 119 laddove invece il testo dell'art. 174 del D.Lgs. 50/2016 prevedeva una disciplina specifica e peculiare per il subappalto nell'ambito delle concessioni.

Nella relazione illustrativa si evidenzia che «nel dare attuazione all'art. 42 della direttiva, si è scelta la strada più omogenea e rigorosa, oltre che di agevole applicazione da parte delle amministrazioni, di estendere la disciplina dettata per il subappalto generale, in tema di appalti pubblici. Ciò consente altresì l'immediata riferibilità a quanto espresso dalla stessa giurisprudenza europea sulla disciplina nazionale in materia di subappalto».



IL SUBAPPALTO NELLE CONCESSIONI

La giurisprudenza aveva già chiarito, con riferimento ai concessionari di lavori pubblici scelti previo esperimento di gara pubblica, per gli appalti di lavori affidati a terzi, che essi fossero tenuti all'osservanza **delle disposizioni di cui alle parti I e II del Codice in materia di subappalto.**

Dal momento che i concessionari sono stati scelti normalmente tramite gara questi potranno ricorrere al subappalto, più che all'appalto a terzi, secondo le disposizioni di cui all'art. 174 Codice.



AVVALIMENTO

- **Definizione del contratto di avvalimento (comma 1)**
- *«L'avvalimento è il contratto con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto».*
- Dalla lettera del primo periodo del comma 1 si evince una prima novità: il codice prevede solo l'avvalimento c.d. “**operativo**”, volto a soddisfare requisiti di natura tecnico-professionale, non menzionando più l'avvalimento c.d. “di **garanzia**” finalizzato a soddisfare requisiti di natura economico-finanziaria.



AVVALIMENTO

- **Definizione del contratto di avvalimento (comma 1)**
- *«Il contratto di avvalimento è concluso in forma scritta a pena di nullità con indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico. Il contratto di avvalimento è normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria, e può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti»*
- **Descrizione dell'istituto:**
 - oggetto: dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata appalto
 - forma: scritta a pena di nullità
 - causa: normalmente oneroso

Con tale ultima previsione il legislatore ha posto fine al dibattito giurisprudenziale sul punto, sancendo il carattere oneroso del contratto di avvalimento a meno che non sia dimostrato un interesse dell'impresa ausiliaria a mettere a disposizione le proprie dotazioni tecniche e/o risorse (in questo caso non si può escludere la gratuità).



AVVALIMENTO

- Considerazioni generali sul «nuovo avvalimento»
- si è cercato di procedere ad un vero e proprio cambio di impostazione, incentrando la disciplina sul contratto di avvalimento piuttosto che sul mero sistema del prestito dei requisiti.
- rientra nella categoria dei contratti di prestito con il quale un concorrente ad una procedura di aggiudicazione può acquisire la disponibilità di risorse tecniche e umane altrui per eseguire il contratto.
- la diversa impostazione incentrata sul contratto di avvalimento, anziché sul prestito dei requisiti, consente di ricomprendere nell'ambito dell'avvalimento anche quella particolare figura indicata come avvalimento c.d. premiale, in cui il prestito delle risorse è diretto ad ottenere un punteggio più elevato e non invece il prestito dei requisiti di capacità mancanti.



AVVALIMENTO

- **Gli adempimenti per l'impresa «ausiliata» (comma 4)**
- *L'operatore economico allega alla domanda di partecipazione il contratto di avvalimento **in originale o copia autentica**, specificando se intende avvalersi delle risorse altrui **per acquisire un requisito di partecipazione o per migliorare la propria offerta***, e allega, nel caso di cui al comma 2 (lavori sopra 150.000 e servizi e forniture), la certificazione rilasciata dalla SOA o dall'ANAC.*
- *** Con tale previsione il legislatore apre alla possibilità prima negata di ricorrere all'avvalimento al solo fine di acquisire punteggio tecnico premiale grazie alle dotazioni tecniche e/o risorse "prestate" dall'ausiliaria; comma 12: «Nei soli casi in cui l'avvalimento sia finalizzato a migliorare l'offerta, non è consentito che partecipino alla medesima gara l'impresa ausiliaria e quella che si avvale delle risorse da essa messe a disposizione».**
- **Gli adempimenti per l'impresa «ausiliaria» (comma 4)**
- L'impresa ausiliaria è tenuta a dichiarare alla stazione appaltante:
 - a) di essere in possesso dei requisiti di ordine generale
 - b) di essere in possesso dei requisiti speciali
 - c) di impegnarsi verso l'operatore economico e verso la stessa stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse oggetto di avvalimento



AVVALIMENTO

- La nuova disciplina della sostituzione dell'impresa ausiliaria:
- **Comma 5** «L'impresa ausiliaria trasmette la propria attestazione di qualificazione nel caso di avvalimento finalizzato all'acquisizione del requisito di partecipazione a una procedura di aggiudicazione di lavori. In caso di **dichiarazioni mendaci**, fermo restando l'applicazione dell'articolo 96, comma 15, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante assegna all'operatore economico concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, per indicare un'altra impresa ausiliaria idonea, purché la sostituzione dell'impresa ausiliaria non conduca a una modifica sostanziale dell'offerta dell'operatore economico. Nel caso di mancato rispetto del termine assegnato, la stazione appaltante esclude l'operatore economico».
- In caso di **false dichiarazioni** imputabili all'ausiliaria (**comma 5**):
 - termine non superiore a dieci giorni per indicare un'altra impresa ausiliaria idonea
 - la sostituzione dell'ausiliaria non può determinare la modifica sostanziale dell'offerta
 - in caso di mancato rispetto del termine assegnato, l'operatore economico è escluso
 - (l'impresa ausiliaria sarà altresì segnalata all'ANAC)



AVVALIMENTO

- La nuova disciplina della sostituzione dell'impresa ausiliaria:
- **Comma 6** *«La stazione appaltante verifica se l'impresa ausiliaria è in possesso dei requisiti dichiarati con le modalità di cui agli articoli 91 e 105, quest'ultimo con riguardo ai mezzi di prova e al registro online, e se sussistono cause di esclusione ai sensi del Capo II del presente Titolo. La stazione appaltante consente all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi di esclusione».*
- Mancato possesso o perdita dei requisiti:
 - la stazione appaltante consente all'operatore economico di **sostituire** i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi di esclusione
 - entro quando? entro 10 gg (cfr. art. 101 e art. 104, comma 4)
 - **NB:** l'aggiudicazione non può subire ritardi in ragione della sostituzione



AVVALIMENTO

- **comma 7**: l'operatore economico e l'impresa ausiliaria sono **responsabili in solido** nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto
- **comma 8**: il contratto è eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il CEL, salvo quanto previsto dal comma 3 in materia di avvalimento dei titoli professionali



AVVALIMENTO

- **Verifiche in corso di esecuzione (comma 9):**
- **comma 9:** *«In relazione a ciascun affidamento la stazione appaltante in corso d'esecuzione effettua le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. A tal fine il RUP accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto siano svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento. Ha, inoltre, l'obbligo di inviare ad entrambe le parti del contratto di avvalimento le comunicazioni ai sensi dell'articolo 29 e quelle inerenti all'esecuzione dei lavori. La stazione appaltante trasmette all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la prescritta pubblicità.».*



AVVALIMENTO

- Il **comma 11** dispone poi che nel caso di appalti di lavori, servizi e forniture con posa in opera o installazione, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali, ivi comprese le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un RTI, da un partecipante al raggruppamento.
- La nuova previsione sostituisce il divieto di avvalimento – art. 89 comma 11 del D.lgs. 50/2016 – per gli appalti o concessioni di lavori in cui rientrano opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali.



AVVALIMENTO

- **L'avvalimento della SOA**
- **Comma 2** *Qualora il contratto di avvalimento sia concluso per acquisire un requisito necessario alla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto di lavori di importo pari o superiore a euro 150.000, o di un appalto di servizi e forniture, esso ha per oggetto le dotazioni tecniche e le risorse che avrebbero consentito all'operatore economico di ottenere l'attestazione di qualificazione richiesta.*
- **Problemi applicativi:**
 - la SOA oggetto di avvalimento può essere stata conseguita con mezzi e risorse non più nella disponibilità dell'ausiliaria (nel frattempo ceduti)
 - a sua volta, la SOA oggetto di avvalimento può essere stata conseguita dall'ausiliaria mediante ricorso ad avvalimento



AVVALIMENTO

- **comma 3:** *«Qualora il contratto di avvalimento sia stipulato con impresa ausiliaria in possesso di autorizzazione o altro titolo abilitativo richiesto per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 100, comma 3, o con un soggetto in possesso di titoli di studio o professionali necessari all'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto, i lavori o i servizi sono eseguiti direttamente dall'impresa ausiliaria. Si applicano le disposizioni in materia di subappalto».*
- l'operatore economico può avvalersi anche dei requisiti di idoneità professionale di altri operatori economici e ciò sia ai fini della partecipazione ad una procedura di aggiudicazione, sia ai fini dell'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto, tuttavia precisando – e sul punto innovando il previgente art. 89 - che:
- l'esecuzione dei lavori o dei servizi oggetto dell'appalto dovrà essere compiuta direttamente dall'impresa ausiliaria;
- si applicano le disposizioni in materia di subappalto (e, dunque, quelle di cui all'art. 119 del D.lgs. 36/2023).
- L'unica esclusione rimane quella prevista al comma 10 dell'art. 104: “L'avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'articolo 212 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152”.



AVVALIMENTO

- **Problemi applicativi:**

- soprattutto nei servizi e nelle forniture occorre delimitarne l'ambito
- va letto in coordinamento con l'art. 100, comma 3: *«Per le procedure di aggiudicazione di appalti di servizi e forniture le stazioni appaltanti richiedono l'iscrizione nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato o presso i competenti ordini professionali per un'attività pertinente anche se non coincidente con l'oggetto dell'appalto.»*



GRAZIE PER L'ATTENZIONE

