

## **A) Applicazione e regime transitorio: generalità**

Il D. Lgs. 36/2023 ("Codice dei Contratti Pubblici" o "Codice") è entrato in vigore il **1° aprile 2023**, ma i suoi effetti si produrranno dal **1° luglio 2023**, come indicato nell'articolo 229, secondo cui "Le disposizioni del codice, con i relativi allegati acquistano efficacia il 1° luglio 2023."

Più precisamente, come previsto dall'**art. 226 del Codice - Abrogazioni e disposizioni finali** "1. Il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, è abrogato dal 1° luglio 2023.

2. **A decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2, le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016 continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso. A tal fine, per procedimenti in corso si intendono: a) le procedure e i contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia; b) in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, le procedure e i contratti in relazione ai quali, alla data in cui il codice acquista efficacia, siano stati già inviati gli avvisi a presentare le offerte; c) per le opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione, oggetto di convenzioni urbanistiche o atti assimilati comunque denominati, i procedimenti in cui le predette convenzioni o atti siano stati stipulati prima della data in cui il codice acquista efficacia; d) per le procedure di accordo bonario di cui agli articoli 210 e 211, di transazione e di arbitrato, le procedure relative a controversie aventi a oggetto contratti pubblici, per i quali i bandi o gli avvisi siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia, ovvero, in caso di mancanza di pubblicazione di bandi o avvisi, gli avvisi a presentare le offerte siano stati inviati prima della suddetta data.....omissis....."** (grassetto aggiunto n.d.r.)

Pertanto, il nuovo Codice **si applica agli affidamenti avviati a partire dal 1° luglio 2023, mentre per tutti gli affidamenti avviati sino alla data del 30 giugno 2023**, continuerà ad applicarsi il D. Lgs. 50/2016 s.m.i.

### **A.1) Regime transitorio: specificazioni**

Fermo quanto sopra, per alcuni (limitati) aspetti è previsto uno specifico **regime transitorio** dall'art. 225, riassumibile come di seguito indicato, con le relative scadenze.

Sino **al 31 dicembre 2023** continueranno ad applicarsi le seguenti norme del D. Lgs. 50/2016:

- ✓ Art. 70 - Avvisi di preinformazione;
- ✓ Art. 72 - Redazione e modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi;
- ✓ Art. 73 - Pubblicazione a livello nazionale;
- ✓ Art. 127, comma 2 - Pubblicità e avviso periodico indicativo;
- ✓ Art. 129, comma 4 - Bandi di gara e avvisi relativi agli appalti aggiudicati, nonché il decreto MIT (attuativo dell'art.73, co. 4 del D. Lgs. 50/2016) recante "Definizione degli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara"
- ✓ le norme in materia di pubblicazioni sulla piattaforma del Servizio contratti pubblici del MIT

Inoltre, sempre in via transitoria, continuano ad applicarsi **fino al 31 dicembre 2023, le disposizioni del D. Lgs. 50/2016** (artt. 21, comma 7, 29, 40, 41 comma 2- bis, 44, 52, 53, 58, 74, 81, 85, 105, comma 7, 111, comma 2-bis, 213 commi 8, 9 e 10, 214, comma 6) **per lo svolgimento delle attività relative:**

- "a) alla redazione o acquisizione degli atti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione dei contratti;
- b) alla trasmissione dei dati e documenti relativi alle procedure di cui alla lettera a);
- c) all'accesso alla documentazione di gara;
- d) alla presentazione del documento di gara unico europeo;
- e) alla presentazione delle offerte;
- f) all'apertura e la conservazione del fascicolo di gara;
- g) al controllo tecnico, contabile e amministrativo dei contratti anche in fase di esecuzione e la gestione delle garanzie."

**Dal 1° gennaio 2024 anche per le predette attività si applicheranno le disposizioni del Nuovo Codice**, ossia quelle previste dagli artt. 19-26, artt. 28 - 31, artt. 35 - 37, comma 4, 99, 106, comma 3, ultimo periodo, 115, comma 5, 119, comma 5, e 224, comma 6.

**Gli affidamenti ed i contratti a valere su progetti PNC e PNRR** (ai sensi dell'art. 225 comma 8 del Codice) - **anche dopo il 1° luglio 2023 - continueranno, invece, ad essere regolati dalle disposizioni del cd. Decreto semplificazioni bis** (D.L. 77/2021, convertito con modificazioni, nella L. 108/2021), **nonché dalle specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal PNRR e dal PNC, nonché dal Piano nazionale integrato per l'energia e il clima 2030 di cui al regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018.**

Sul punto utile anche la consultazione della [circolare del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti del 13 luglio 2023](#)

## **A.2) Caratteristiche generali**

Si evidenzia che il nuovo Codice **è autoesecutivo, non necessita cioè di norme di attuazione**; il D. Lgs. 36/2023 reca infatti per intero la disciplina dei contratti pubblici.

Come enunciato nella Relazione datata 7 dicembre 2022 del Consiglio di Stato allo schema definitivo del Codice (di seguito "**Relazione**"), si è trattato di una precisa scelta dei compilatori (Commissione costituita presso il CDS su incarico del Governo), che hanno infine sottoposto al Governo medesimo uno schema definitivo del Codice con **un numero di articoli (229)** analogo a quelli del D. Lgs. 50/2016, ma ne ha ridotto di molto i commi, riducendo di quasi un terzo le parole ed i caratteri utilizzati e, con i suoi allegati, abbatte in modo rilevante il numero di norme e linee guida di attuazione (queste ultime ormai eliminate).

Gli **allegati al Codice sono 38** e molti consistono di poche pagine.

Come rilevato nella Relazione, si tratta di un numero comunque piuttosto contenuto, specialmente se si considera che *"solo le tre direttive da attuare hanno, in totale, 47 annessi e che nel nuovo codice gli allegati sostituiranno ogni altra fonte attuativa: oltre ai 25 allegati al codice attuale, essi assorbiranno 17 linee guida ANAC e 15 regolamenti ancora vigenti, alcuni dei quali di dimensioni molto ampie (tra cui il d.P.R. n. 207 del 2010, risalente addirittura all'attuazione del codice del 2006, nonché quello sui contratti del Ministero della difesa, ridotto da oltre 100 articoli a poco più di 10). Ciò è stato possibile anche rinviando, in vari casi, direttamente agli allegati delle direttive, assicurando sia uno sfoltimento della legislazione interna sia il suo adeguamento immediato e automatico alle future modifiche delle norme europee."*

## **B) Principali novità del nuovo Codice**

Si indicano di seguito le principali novità del D. Lgs. 36/2023, con l'indicazione degli articoli ed allegati di riferimento per pronta consultazione.

### **B.1) Principi generali (artt. 1-12)**

Gli **artt. 1-12** recano i principi generali cui la stazione appaltante ("**S.A.**") è tenuta ad attenersi nell'affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici.

**Principio del risultato (art. 1)**: costituisce la novità fondamentale del nuovo Codice ed indica l'interesse pubblico primario che le S.A. devono perseguire nella disciplina dei contratti pubblici; tale principio presuppone che le S.A. **perseguano l'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività, con il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo e nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.**

Si segnala **la novità del detto principio che cambia radicalmente la prospettiva** sinora seguita negli atti normativi di attuazione delle direttive europee in materia di appalti e concessioni, il cui fulcro era – come noto – costituito dal **principio (sancito dal TFUE) di concorrenza**; **con il nuovo Codice il detto principio diviene invece strumentale al Principio del risultato**, cui le S.A. devono uniformare la propria azione.

Come evidenziato nella Relazione del Consiglio di Stato al Codice, infatti, il comma 2 dell'art. 1 **"enuncia il valore funzionale della concorrenza e della trasparenza, che sono tutelate non come mero fine, ma, più correttamente, come mezzo in vista del raggiungimento del risultato"**<sup>1</sup>.

**La concorrenza, in particolare, è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti.** Si collega così il risultato, inteso come fine, alla concorrenza, intesa come metodo (sulla scorta di quanto avviene per l'art. 97 Cost., in cui il buon andamento è legato all'imparzialità, ... omissis .....

**La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del codice e ne assicura la piena verificabilità.** Il riferimento espresso alla "verificabilità" evoca il concetto di accountability, inteso come **responsabilità per i risultati conseguiti.** **In quest'ottica, la logica del risultato, attraverso la definizione degli obiettivi e il controllo trasparente sull'attività amministrativa, costituisce un mezzo per assicurare l'accountability, in un'ottica di crescente efficienza e responsabilizzazione delle amministrazioni pubbliche.**

In sostanza, quindi, il **Principio del risultato** costituisce il **criterio prioritario per:**

- ✓ l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto;
- ✓ valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti;
- ✓ attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva (art. 1, comma 4).

**Principio della fiducia (art. 2):** anche la codificazione di tale principio costituisce una novità del D. Lgs. 36/2023. Tale innovativo principio riguarda, innanzitutto, la fiducia **nell'azione legittima trasparente e corretta delle pubbliche amministrazioni, dei suoi funzionari e degli operatori economici.**

Si tratta di un radicale cambio di passo rispetto alla logica fondata sulla sfiducia (se non sul "sospetto") per l'azione dei pubblici funzionari, che si è sviluppata negli ultimi anni, anche attraverso la stratificazione di interventi normativi non sempre coordinati tra loro; l'enunciazione di tale principio è finalizzata in particolare al superamento della cd. *paura della firma* da parte dei pubblici funzionari, che ha, come noto, paralizzato (e continua a paralizzare l'azione amministrativa). Non si tratta, peraltro, di una fiducia unilaterale o incondizionata; difatti, come precisato dalla norma, **da un lato, la fiducia è reciproca** e riguarda sia la P.A. sia gli operatori economici che partecipano alle gare e si relazionano con la P.A.

**Dall'altro lato, la fiducia è strettamente collegata a legalità, trasparenza e correttezza**, rappresentando, sotto questo profilo, una versione evoluta del **principio di presunzione della legittimità dell'azione amministrativa.**

Tale principio, ferma restando la pienezza del sindacato giurisdizionale sull'azione amministrativa, è rivolto a dettare una regola chiara, secondo cui: **ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività.** Il raggiungimento di questo risultato implica il superamento di ogni forma di inerzia e l'esercizio effettivo della discrezionalità di cui la P.A. dispone. Ciò presuppone la fiducia dell'ordinamento giuridico sulle scelte compiute dalla P.A., alla quale, in assenza di detta fiducia, non si attribuirebbe il potere<sup>2</sup>.

Occorre, altresì, evidenziare che il comma 2, nell'enunciare il principio della fiducia, lo collega al principio del risultato: la fiducia riconosciuta ai pubblici funzionari, cioè, non è incondizionata,

#### NOTE

<sup>1</sup> Come osservato da G. Tulumello, *Il diritto dei contratti pubblici fra regole di validità e regole di responsabilità: affidamento, buona fede, risultato*, 2023 *"Si tratta infatti di una precisazione quanto mai opportuna, giacché l'evoluzione del contratto di appalto pubblico dalla concezione meramente contabile ad una dimensione pro-concorrenziale aveva talvolta fatto smarrire il primato logico dei valori sullo strumento: come già segnalato in dottrina e in giurisprudenza"*.

Dunque, *"la concorrenza è nulla più che uno strumento che si accompagna al confronto competitivo e non è un fine e soprattutto la tutela della concorrenza non è affatto detto che venga meglio realizzata imponendo procedimenti di gara più complessi preferendoli a modelli di confronto competitivo semplificato, né la tutela della concorrenza suggerisce una riduzione della discrezionalità amministrativa e della stessa logica del risultato lì dove l'una e l'altro possono ben trovare attuazione"* (così, espressamente, F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, 2023).

<sup>2</sup> Si riportano, per la loro incisività, le parole di L. Carbone, *<<La scommessa del "codice dei contratti pubblici" e il suo futuro>>*, 2023, *"... la fiducia reciproca combatte la paura della firma e serve a rompere la dinamica dell'irrigidimento dettata dal sospetto"*.

ma costituisce una sorta di contropartita di ciò che l'ordinamento si aspetta dall'azione amministrativa, ossia **la realizzazione del risultato enunciato dall'art. 1.**

**La norma chiarisce che il principio della fiducia implica un ampliamento dei poteri valutativi e della discrezionalità della P.A.** e la valorizzazione dei poteri discrezionali del funzionario pubblico è, inoltre, in linea, sempre nell'ottica del superamento della c.d. "paura della firma", con la nuova formulazione dell'art. 323 Cod. Penale (ad opera del D.L. n. 76/2020), che ai fini dell'integrazione del reato di abuso d'ufficio richiede che l'atto sia adottato "in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuano margini di discrezionalità".

La norma ora introdotta, alla luce del nuovo testo dell'art. 323 Cod. Penale, segna, quindi, il definitivo superamento di quell'orientamento giurisprudenziale che, attraverso la valorizzazione dei principi generali di buon andamento e imparzialità, aveva in passato ricondotto nel campo di applicazione dell'abuso d'ufficio anche l'eccesso di potere, con conseguente sindacato da parte del giudice penale delle scelte discrezionali del pubblico ufficiale.

Il comma 3 dell'art. 2, correlativamente **perimetra il concetto di colpa grave rilevante ai fini della responsabilità amministrativa** dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti.

Tale norma si è resa necessaria a fronte del fatto che, in passato, il (labile) confine tra colpa grave e colpa lieve ha generato incertezze interpretative, contribuendo a quella forma di burocrazia difensiva che il principio della fiducia si propone oggi di superare.

Pertanto la norma in esame **collega la colpa grave esclusivamente alla violazione delle norme di diritto, degli auto-vincoli, nonché alla palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza**, con la precisazione ulteriore, secondo cui **non costituisce mai colpa grave la violazione o l'omissione che sia stata determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti**, codificando il principio di diritto formatosi nell'ambito delle sezioni giurisdizionali della Corte dei Conti.

**Principio dell'accesso al mercato (art. 3):** 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.**

**La garanzia all'effettiva partecipazione delle micro, piccole e medie imprese è prevista nelle norme relative a:**

- introduzione requisiti speciali (art. 10);
- suddivisione in lotti (art. 58);
- riduzione garanzia provvisoria (art. 106);
- criteri premiali di gara (art. 108);
- contratti di partenariato sociale (art. 201);

Inoltre la Relazione annuale della Cabina di regia deve trattare anche il livello di partecipazione delle MPMI agli appalti pubblici (art. 221). Vale opportunamente rilevare che – ai sensi dell'**art. 4 del Codice "Criterio interpretativo e applicativo"**: "Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3.", cioè in base ai principi: del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato.

**Principio di buona fede e di tutela dell'affidamento (art. 5):**

Innanzitutto viene affermato il principio secondo cui **nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento.**

Nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede.

In conseguenza è previsto che **in caso sia annullata** (su ricorso di terzi o in autotutela) **l'aggiudicazione l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti, ed**

**è stata introdotta anche la possibilità per le committenti condannate al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, di attivare azione di rivalsa nei confronti dell'aggiudicatario illegittimo, che si sia reso autore di un comportamento illecito.**

Si tratta, come osservato nella Relazione di un rimedio che consente "di ritrasferire almeno in parte il danno risarcito dall'amministrazione sull'aggiudicatario illegittimo che, del resto, in assenza di meccanismo di rivalsa, beneficerebbe di un arricchimento ingiusto".

### **Principio di auto-organizzazione amministrativa (art. 7):**

Tale disposizione ha esteso il **principio di libera autorganizzazione delle autorità pubbliche**, contenuto nell'art. 2 della direttiva 23/2014 sulle concessioni, **anche ai contratti di appalto**.

Viene quindi posta su un piano di parità la scelta della S.A. di ricorrere all'autoproduzione, all'esternalizzazione ovvero alla cooperazione pubblico-pubblico.

Con specifico riferimento al ricorso **all'autoproduzione**, si richiede, in caso di affidamento *in house*, l'adozione di un apposito provvedimento motivato che dia conto dei vantaggi per la collettività del ricorso a tale forma di affidamento, nonché della congruità economica della prestazione stessa (cfr. anche art. 17, d.lgs. 201/2022 e, più in generale, artt. 4 e 16, d.lgs. 175/2016).

Come ribadito dalla Corte costituzionale (sent. 27/5/2020, n. 100) il principio di libera autorganizzazione delle autorità pubbliche<sup>3</sup> non impone l'applicazione a livello interno del criterio di parità delle scelte organizzative della P.A. In ogni caso, infatti, l'ordinamento nazionale deve seguire una direttrice pro-concorrenziale, volta ad allargare il ricorso al mercato e a restringere il ricorso all'affidamento diretto, per evitare l'abuso di tale istituto da parte delle Amministrazioni.

### **Principio di autonomia contrattuale (art. 8):** l'art. 8 - *Principio di autonomia contrattuale*.

*Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito*, codifica innanzitutto il principio secondo cui:

*"Nel perseguire le proprie finalità istituzionali le pubbliche amministrazioni sono dotate di autonomia contrattuale e possono concludere qualsiasi contratto, anche gratuito, salvi i divieti espressamente previsti dal codice e da altre disposizioni di legge."*

Tale disposizione **sancisce il principio dell'autonomia contrattuale della P.A.**, recependo una costante giurisprudenza (cfr. Cass. SS. UU. 12/5/2008, n. 11656), che riconosce alla pubblica amministrazione una generale capacità negoziale, salvo i divieti previsti dalla legge, essendo ormai pacifico che **il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi non si estende ai contratti**, per i quali vige, invece, l'opposto principio di atipicità (art. 1322 Cod. Civ.); viene quindi ribadito **il principio di tassatività della limitazione della capacità negoziale della P.A.**, richiedendo al riguardo un'espressa previsione di legge, eliminata in via generale dall'ordinamento con le modifiche apportate all'art. 11, legge n. 241/1990 dalla legge n. 15/2005.

Il successivo comma 2 attua il criterio direttivo recato dalla L. n. 78/2022, lett. I, ("**Legge delega**") che prevede il "*divieto di prestazione gratuita dell'attività professionale, salvo che in casi eccezionali e previa motivazione*".

Tale divieto, come indicato nella Relazione "è stato inteso in senso letterale e, quindi riferito solo alle "prestazioni d'opera intellettuale" di cui agli articoli 2229 e seguenti del codice civile, per le quali deve operare la regola dell'equo compenso ai sensi dell'art. 2233 c.c. Per il resto si ribadisce, invece, la generale ammissibilità dei contratti gratuiti con la p.a. che non abbiano ad oggetto prestazioni intellettuali. Una generalizzata esclusione del contratto gratuito, specie se economicamente interessato, sarebbe, del resto, di dubbia compatibilità costituzionale e di dichiarata incompatibilità col diritto dell'Unione (vedi sentenza Corte di Giustizia UE 10 settembre 2020, n. 367, che ha affermato che sono contratti a titolo oneroso ai sensi della disciplina degli appalti europei, anche quelli privi di corrispettivo di carattere puramente finanziario).

<sup>3</sup> Previsto dal quinto considerando della direttiva 2014/24/UE e all'art. 2, paragrafo 1, della direttiva 2014/23 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

Vale ulteriormente rilevare al riguardo, che **il 20 maggio 2023** è entrata in vigore la **L. 21 aprile 2023, n. 49**, recante le *"Disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali"* con la quale **viene disciplinato nel nostro ordinamento, per la prima volta in maniera organica, l'istituto dell'equo compenso nei confronti di tutti i professionisti, al fine di garantire una maggiore qualità delle prestazioni professionali, tutelandone la dignità ed il decoro.**

In sintesi, in base alla definizione generale, valida per tutte le professioni, **il compenso è equo soltanto se è proporzionato alla quantità, alla qualità, al contenuto ed alle caratteristiche della prestazione professionale offerta**, con l'ulteriore precisazione che, **il detto compenso deve altresì essere conforme alla disciplina**, rispettivamente prevista per le professioni ordinistiche (come l'ingegneria e l'architettura) e quelle non ordinistiche, dettata dai **ministeri di riferimento per determinare nel quantum la misura dei compensi**. (nel caso di specie il D.M. 17/6/2016).

Con la citata legge, **applicabile (art. 2 L. 49/2023) alle pubbliche amministrazioni ed a società a partecipazione pubblica**, il legislatore ha sancito (art. 3 L. 49/2023), **in via generale, la nullità delle clausole che prevedono un compenso non equo e proporzionato all'opera prestata e, dunque, inferiore ai vari parametri ministeriali vigenti**, nonché di quelle che vietino al professionista di pretendere acconti nel corso della prestazione o che impongano l'anticipazione di spese o, ancora, **di quelle che, comunque, attribuiscono al committente vantaggi sproporzionati rispetto alla quantità e alla qualità del servizio.**

Inoltre, **sono state espressamente elencate dal legislatore, a titolo esemplificativo e non esaustivo, altre fattispecie di clausole abusive** (all'art. 3 co. 2 lett. a) - l) **in numero superiore rispetto a quelle già individuate dalla previgente disciplina<sup>4</sup>**, prevedendo, per quanto qui di interesse, la nullità **della clausola che attribuisce al cliente (l'Amministrazione) la facoltà di pretendere prestazioni aggiuntive che il professionista deve eseguire a titolo gratuito** (art. 3, lett. c).

La nullità parziale del contratto con riferimento alle pattuizioni abusive opera a vantaggio del solo professionista e può essere fatta valere anche d'ufficio, ovvero su iniziativa del Giudice in corso di causa anche senza che sia stata sollevata alcuna specifica eccezione.

Tutti gli atti ed i contratti posti in essere in violazione della disciplina di legge (e, segnatamente, la convenzione, il contratto, l'esito della gara, l'affidamento o comunque qualsiasi accordo che preveda un compenso inferiore) possono essere impugnati dal professionista innanzi al Tribunale competente per il luogo *"ove egli ha la residenza o il domicilio"*, al fine di far valere la nullità della pattuizione e di chiedere la rideterminazione giudiziale del compenso per l'attività professionale prestata (art. 3 co. 5), con la statuizione *ex lege* di una nuova competenza territoriale del Tribunale **che si radica non già nel luogo di residenza del debitore o di stipula del contratto o di esecuzione della prestazione, bensì in quello alternativo ed assai più favorevole dove il professionista risiede ovvero dove ha il domicilio professionale.**

Una volta eventualmente accertato e dichiarato **il carattere non equo del compenso, il Giudice può liquidare la differenza dovuta tra il compenso percepito in concreto e quello effettivamente dovuto in ragione della applicazione disciplina sull'equo compenso e può finanche condannare la parte soccombente ad un vero e proprio indennizzo** a beneficio del professionista, **quantificato dal legislatore in misura pari al doppio della differenza tra quanto già versato e quanto riconosciuto come dovuto, salvo la prova dell'eventuale maggior danno**. Il detto indennizzo costituisce una importante novità della legge che si somma all'ordinario strumento risarcitorio, laddove sussista un danno provato e quantificato in concreto e **che dovrebbe contribuire a scongiurare pratiche elusive o violative della disciplina<sup>5</sup>.**

### **Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9):**

Tale disposizione afferma, in maniera innovativa ed espressa, **il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nei contratti pubblici.**

In particolare, prevede il diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali a favore della parte svantaggiata che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ove sopravvengano:

<sup>4</sup> Art. 13 bis L. 247/2012.

<sup>5</sup> Tanto sinteticamente richiamato, vale rilevare che la legge sull'equo compenso costituisce la chiara espressione dell'intento del legislatore di rafforzare il quadro normativo esistente a tutela delle prestazioni d'opera intellettuali, in piena attuazione del dettato costituzionale (36 Cost.).

- ✓ circostanze straordinarie e imprevedibili
- ✓ che siano estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica ed al rischio di mercato
- ✓ tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto.

A tali fini, le stazioni appaltanti favoriscono l'inserimento nel contratto di clausole di rinegoziazione, dandone pubblicità nel bando o nell'avviso di indizione della gara, specie quando il contratto risulta particolarmente esposto per la sua durata, per il contesto economico di riferimento o per altre circostanze, al rischio delle interferenze da sopravvenienze.

La disposizione in esame introduce una significativa innovazione che attua le finalità sottese a vari principi e criteri della legge delega (in part.: art. 1, co. 2, lett. a), g), m), ll) ed attraverso la quale è stata codificata **una disciplina generale da applicare per la gestione delle sopravvenienze straordinarie e imprevedibili, tali da determinare una sostanziale alterazione nell'equilibrio contrattuale**, come avvenuto con l'epidemia globale da COVID-19 ovvero a causa della guerra in Ucraina.

Come evidenziato nella Relazione *"La norma regola il fenomeno identificato nella prassi internazionale con il termine hardship e riconosciuto da diversi sistemi giuridici (frustration of purpose, Wegfall der Geschäftsgrundlage, imprévision, eccessiva onerosità sopravvenuta), da tempo oggetto di considerazione nella regolazione dei rapporti privati internazionali."* E nella predisposizione della stessa si è fatto ricorso alla disciplina contenuta nei **Principi Unidroit e nel Codice europeo dei contratti**, così come a precedenti progetti avviati in ambito nazionale e mai attuati (disegno di legge delega n. 1151 del 2019).

Con la disposizione in esame si è infatti tenuto conto della circostanza che **i contratti pubblici sono connotati dalle finalità di pubblico interesse perseguite**, che sono immanenti al contratto ed al rapporto che ne deriva, con la conseguente necessità di delineare una disciplina *ad hoc*, stante l'impossibilità di trasporre *tout court*, le regole civilistiche e l'esigenza di realizzare un giusto punto di equilibrio tra la necessità di salvaguardare le dette finalità di interesse pubblico e quella di assicurare *"adeguata ed effettiva tutela agli operatori economici, nella consapevolezza anche della convergenza di tale tutela con altri interessi generali di primario rilievo (stabilità economica, sociale, occupazionale, ecc.) suscettibili di essere pregiudicati in situazioni di hardship."*

Attesa l'inadeguatezza del rimedio (solo) demolitorio previsto dall'art. 1467 Cod. Civ.<sup>6</sup> la disposizione in esame è volta a *"disciplinare le sopravvenienze che possono verificarsi nel corso dell'esecuzione del contratto, alterandone l'equilibrio originario o facendo venir meno, in parte o temporaneamente, l'interesse del creditore alla prestazione"* introducendo **un rimedio manutentivo del contratto**, maggiormente conforme all'interesse dei contraenti e, in particolare, dell'Amministrazione.

**Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione (art. 10):** La norma afferma in maniera chiara ed inequivocabile **il divieto di affidamento dei contratti pubblici** agli operatori economici nei confronti dei quali **sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice.**

**Le cause di esclusione** (artt. 94 e 95), come di seguito meglio precisato, **sono tassative** ed integrano di diritto i bandi e le lettere d'invito; **le cause ulteriori sono nulle e si considerano non apposte.**

Si prevede, poi, la possibilità per le SS.AA. di introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, purché **attinenti e proporzionati all'appalto e non ostativi a consentire il più ampio numero di potenziali concorrenti ed alla crescita delle PMI.**

**Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore (art. 11)**

Tale principio è riprodotto, al comma 1, **con la stessa formulazione dell'art. 30, co. 4, D. Lgs. n. 50/2016.**

<sup>6</sup> *"Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458.*

*La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.*

*La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto"*

Al personale impiegato in appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.

Il comma 2 dell'art. in esame, prevede, inoltre, l'indicazione nel bando, da parte della stazione appaltante, del contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto ed il successivo comma 3 consente agli operatori economici di indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo applicato, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante<sup>7</sup>.

Le stazioni appaltanti assicurano che le medesime tutele normative ed economiche siano garantite ai lavoratori in subappalto.

### **L'art. 12 – Rinvio esterno**

Similmente a quanto previsto nell'art. 30, D. Lgs. 50/2016, l'art. 12 contiene un duplice rinvio alla L. 241/90 ed al Codice Civile, che opera in assenza di una diversa espressa previsione contenuta nel Codice dei contratti pubblici; in particolare, **il rinvio alla legge n. 241/1990 opera per quanto riguarda la disciplina della procedura di affidamento e di tutte le altre attività amministrative in materia di appalti**; mentre **il rinvio al Codice Civile opera per quanto riguarda la stipula e l'esecuzione del contratto**.

### **B.2 Digitalizzazione (artt. 19-36)**

Banca dati nazionale - Fascicolo virtuale dell'operatore economico - Anagrafe dell'operatore economico - Piattaforme di approvvigionamento digitale - Procedure automatizzate del ciclo di vita dei contratti pubblici - Accesso civico digitalizzato e possibilità di richiedere la documentazione di gara.

### **B.3 Affidamenti sottosoglia (artt. 48-55, All. II.1 Elenchi degli operatori economici e indagini di mercato per gli affidamenti di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, All. II.2 Metodi di calcolo della soglia di anomalia per l'esclusione automatica delle offerte)**

Gli artt. 48-55 del Codice recano, con un'opportuna innovazione rispetto al D. Lgs. 50/2016, **la disciplina comune ai contratti sottosoglia**<sup>8</sup>, raccogliendo unitariamente le norme riferite a tali contratti e stabilendo i principi applicabili, le modalità di individuazione dell'affidatario (con affidamento diretto o con procedura negoziata a seconda degli importi), le offerte anomale, le garanzie delle offerte, ecc.

<sup>7</sup> Cfr., con specifico riferimento all'art. 11, Codice la [nota dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro 19 aprile 2023, n. 687](#).

<sup>8</sup> Si rammenta che ai sensi dell'**articolo 14 del Codice**, rubricato "Soglie di rilevanza europea e metodi di calcolo dell'importo stimato degli appalti. Disciplina dei contratti misti": 1. Per l'applicazione del codice le soglie di rilevanza europea sono:

**a) euro 5.382.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni;**

**b) euro 140.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle stazioni appaltanti che sono autorità governative centrali** indicate nell'allegato I alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014; se gli appalti pubblici di forniture sono aggiudicati da stazioni appaltanti operanti nel settore della difesa, questa soglia si applica solo agli appalti concernenti i prodotti menzionati nell'allegato III alla direttiva 2014/24/UE;

**c) euro 215.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da stazioni appaltanti sub-centrali**; questa soglia si applica anche agli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle autorità governative centrali che operano nel settore della difesa, quando gli appalti concernono prodotti non menzionati nell'allegato III alla direttiva 2014/24/UE;

**d) euro 750.000 per gli appalti di servizi sociali e assimilati elencati all'allegato XIV** alla direttiva 2014/24/UE.

2. **Nei settori speciali** le soglie di rilevanza europea sono:

a) euro 5.382.000 per gli appalti di lavori;

b) euro 431.000 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione;

c) euro 1.000.000 per i contratti di servizi, per i servizi sociali e assimilati elencati nell'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE.

3. Le soglie di cui al presente articolo sono periodicamente rideterminate con provvedimento della Commissione europea, pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

La disciplina del nuovo Codice **ricalca, in buona sostanza, quella introdotta, come normativa emergenziale, dal D.L. 76/2020** (conv. con modif. in L. 120/2020, succ. modif. dal D.L. n. 77/2021, conv. in L. 108/2021, comunemente definiti come "Decreto Semplificazioni 2020" e "Decreto Semplificazioni 2021"), **connotata da misure di semplificazione**; in tal modo la detta normativa, già prevista per un periodo di tempo limitato, atteso il buon esito della sua applicazione, è stata stabilita come regime ordinario per i contratti sottosoglia.

In particolare, l'art. 48 - *Disciplina comune applicabile ai contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea*, stabilisce la disciplina comune applicabile ai contratti sottosoglia, prevedendo che **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.**

A tali contratti si applicano, se non derogate dalle disposizioni stabilite dagli artt. 48 ss., le restanti disposizioni del Codice e restano fermi gli obblighi di utilizzo degli strumenti di acquisto e di negoziazione previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa pubblica.

Inoltre (il comma 2 dell'art. 48) con una disposizione del tutto nuova, stabilisce che: *"Quando per uno dei contratti di cui al comma 1 la stazione appaltante accerta l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, segue le procedure ordinarie di cui alle Parti seguenti del presente Libro."*

Il comma 2 è del tutto nuovo e prevede il regime giuridico differenziale che la stazione appaltante deve applicare agli affidamenti di importo inferiore alle soglie europee quando accerti **la sussistenza di un interesse transfrontaliero**. La previsione in esame, come precisato nella Relazione tiene conto della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, secondo cui 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**.

**Come rilevato dal Consiglio di Stato<sup>9</sup>**, la Corte di Giustizia UE<sup>10</sup> ha affermato che *"per quanto riguarda i criteri oggettivi atti a indicare l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo ... [questi] potrebbero sostanzialmente, in particolare, nell'importo di una certa consistenza dell'appalto in questione, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori o, ancora, nelle caratteristiche tecniche dell'appalto e nelle caratteristiche specifiche dei prodotti in causa. A tal riguardo, si può altresì tenere conto dell'esistenza di denunce presentate da operatori ubicati in altri Stati membri, purché sia accertato che queste ultime sono reali e non fittizie"* (Corte di Giustizia UE, 6 ottobre 2016, n. 318)<sup>11</sup>.

La disposizione 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."*

Per quanto concerne le modalità di affidamento, si rileva che l'art. 50 ha sostanzialmente stabilizzato, rendendole ordinarie, le procedure di affidamento, con le relative soglie di importo, introdotte con il D.L. 76/2020 (conv. con modif. in L. 120/2020, succ. modif. dal D.L. n. 77/2021, conv. in L. 108/2021).

<sup>9</sup> Consiglio di Stato, Sez. Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza dell'11 aprile 2019 (n. affare 424/2019), Parere n. 1312/2019 del 30/04/2019.

<sup>10</sup> Secondo cui *"spetta in linea di principio all'amministrazione aggiudicatrice interessata valutare, prima di definire le condizioni del bando di appalto, l'eventuale interesse transfrontaliero di un appalto il cui valore stimato è inferiore alla soglia prevista dalle norme comunitarie, fermo restando che tale valutazione può essere oggetto di controllo giurisdizionale"* (Corte di Giustizia UE, 15 maggio 2008, C. 147/06).

<sup>11</sup> I primi commentatori del Codice (P. Cosmai, A. Buonanno, La riforma del codice appalti, Milano, 2023, p. 183), in particolare, hanno individuato **sette criteri comunitari dell'interesse transfrontaliero certo**: 1) esistenza di denunce presentate da operatori ubicati in altri stati membri della UE, purché reali e non fittizie; 2) consistenza dell'importo dell'appalto; 3) presenza di frontiere che attraversano centri urbani situati sul territorio di Stati diversi (ad es. Gorizia); 4) luogo di esecuzione dei lavori; 5) caratteristiche specifiche dei prodotti; 6) caratteristiche tecniche dell'appalto; 7) precedenti appalti analoghi indetti dalla medesima o da altra S.A.

Pertanto, per quanto concerne **i servizi e le forniture, ai sensi dell'art. 50, co. 1, lett. b) ed e)**, le Stazioni appaltanti, per i contratti che non presentano un interesse transfrontaliero certo, provvedono:

- **all'affidamento diretto dei servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 140.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante;**
- **procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14."**

Inoltre:

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

L'art. 49 - **Principio di rotazione degli affidamenti**, riprende in parte la disciplina già prevista dalle Linee Guida n. 4 dell'ANAC (in part. punti 3.6 e 3.7), **con alcune significative innovazioni volte a superare le criticità manifestatesi in passato.**

Per l'effetto, in base alla disciplina del Codice, **il Principio di rotazione:**

- **si applica per il solo contraente uscente** (già aggiudicatario), mentre il **divieto di invito non si applica** ai soggetti **invitati alla precedente procedura**, ma che non si siano resi aggiudicatari dell'appalto;
- **è valido solo per il contraente uscente nei casi in cui i due consecutivi affidamenti** abbiano ad oggetto una commessa rientrante: **nello stesso settore merceologico**, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero **nello stesso settore di servizi;**
- **non si applica** per i contratti affidati con procedure negoziate senza bando, **quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura** (art. 49, comma 5);
- **si applica con riferimento a ciascuna fascia**, quando la stazione appaltante abbia ripartito, con proprio provvedimento, gli affidamenti in fasce in base al valore economico;
- **non si applica in casi debitamente motivati** in cui, con riferimento alla particolare struttura del mercato ed alla riscontrata effettiva assenza di alternative, nonché in caso di accurata esecuzione del precedente contratto, **l'esecutore uscente può essere invitato nuovamente oppure essere individuato quale affidatario diretto (comma 4)**. Si tratta di una disposizione innovativa rispetto alla disciplina prevista dalle Linee Guida ANAC n. 4, nella parte in cui, a determinate condizioni, consente di invitare nuovamente il contraente uscente alla successiva procedura negoziata, mentre, in riferimento agli affidamenti diretti, riproduce sostanzialmente la disciplina di cui al punto 3.7 delle citate Linee Guida.

Per quanto indicato nella Relazione, si rileva 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";**

- **non si applica** agli affidamenti di importo minimo, **inferiore a 5.000 euro**, per i quali è previsto espressamente che **"è comunque consentito derogare alla rotazione per gli affidamenti"**; in tal modo è stata estesa, per esigenze di semplificazione e velocizzazione, la previsione delle Linee Guida n. 4 ed è stato tal modo allineato tale limite a quello previsto dall'art. 1, comma 450 della l. n. 296 del 2006 per il ricorso obbligatorio al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle procedure di acquisto sottosoglia di beni e servizi.

Con riferimento alle **imprese pubbliche e titolari di diritti speciali o esclusivi operanti nei settori speciali**, l'**art. 50, comma 5**, stabilisce che per l'affidamento dei contratti "sottosoglia", le dette imprese **applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti**. Nel caso in cui i contratti presentino un interesse transfrontaliero certo, la citata disciplina deve essere conforme ai principi del Trattato sull'UE a tutela della concorrenza. Gli altri soggetti, diversi dalle dette Imprese pubbliche, S.A. ed enti che operano in virtù di diritti speciali o esclusivi, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale deve essere conforme ai predetti principi del Trattato UE.

Per quanto riguarda il **criterio di aggiudicazione** nelle procedure negoziate sottosoglia è prevista la libera scelta da parte delle S.A. (art. 50, co. 4) tra:

- offerta economicamente più vantaggiosa
- prezzo più basso

scelta da esercitare, in ragione delle peculiarità dell'oggetto del contratto, in funzione di garanzia del miglior risultato, nell'ottica del soddisfacimento dell'interesse pubblico della S.A., valorizzando così i principi di cui si è parlato all'inizio del testo.

Peraltro si tratta di una previsione già introdotta nel D. Lgs. 50/2016 (art. 36, comma 9-bis, introdotto dal D.L. n. 32/2019), nonché stabilita dalla normativa del periodo emergenziale (art. 1, comma 3, secondo periodo, del D.L. n. 76/2020).

Tale opzione è esclusa per i **contratti ad alta intensità di manodopera** (per i quali «il costo della manodopera è pari o superiore al 50% dell'importo complessivo dei corrispettivi», secondo la definizione dell'art. 2 lett. e Allegato I.1 del Codice), per quali il comma 3 dell'art. 50 del Codice (così come la precitata normativa) **impone invece alle stazioni appaltati l'utilizzo dell'offerta economicamente più vantaggiosa**, onde evitare i costi sociali che potrebbero derivare da una concorrenza basata solamente sul prezzo.

Nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa degli appalti sottosoglia, è previsto che **la commissione giudicatrice può essere anche presieduta dal RUP (art. 51)**; si rammenta, più in generale, che il RUP può anche essere semplicemente componente della Commissione ai sensi dell'**art. 93 del Codice** secondo cui: *".....omissis..... La commissione è composta da un numero dispari di componenti, in numero massimo di cinque, esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto. Possono essere nominati componenti supplenti. 3. La commissione è presieduta e composta da dipendenti della stazione appaltante o delle amministrazioni beneficiarie dell'intervento, in possesso del necessario inquadramento giuridico e di adeguate competenze professionali. Della commissione giudicatrice può far parte il RUP. In mancanza di adeguate professionalità in organico, la stazione appaltante può scegliere il Presidente e i singoli componenti della commissione anche tra funzionari di altre amministrazioni e, in caso di documentata indisponibilità, tra professionisti esterni. Le nomine di cui al presente comma sono compiute secondo criteri di trasparenza, competenza e rotazione.....omissis....."*

Nel caso di appalti aggiudicati sottosoglia con il **criterio del prezzo più basso, è stabilito l'obbligo di esclusione automatica** per gli appalti che non presentino un interesse transfrontaliero certo.

In tal caso, le stazioni appaltanti prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultino anomale, qualora **il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque**.

Il comma 2 dell'art. 54 del Codice stabilisce che **le stazioni appaltanti indicano negli atti di gara il metodo per l'individuazione delle offerte anomale, scelto fra quelli descritti nell'allegato II.2.**, ovvero lo selezionano in sede di valutazione delle offerte tramite sorteggio tra i metodi compatibili.

È fatta salva, in ogni caso, la facoltà delle stazioni appaltanti di valutare la congruità di ogni altra offerta che in base ad elementi specifici appaia anormalmente bassa.

L'esclusione automatica delle offerte anomale **non si applica in caso di affidamento diretto con richiesta di più preventivi**.

Per i bandi e gli avvisi di preinformazione relativi ai contratti "sottosoglia", **la pubblicazione a livello nazionale** avviene:

- ✓ sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC, e
- ✓ sul sito istituzionale della stazione appaltante.

Con le stesse modalità, è pubblicato l'**avviso sui risultati delle procedure di affidamento**. Nei casi di procedure negoziate senza bando, esso contiene anche l'indicazione dei soggetti invitati.

L'art. 55, comma 1, disciplina i **termini per la stipulazione del contratto**, prevedendo che la stessa debba avvenire **entro 30 giorni dall'aggiudicazione**; il comma 2 **esclude l'applicazione dei termini dilatori** (cd. "standstill period") previsti dall'art. 18, commi 3 e 4 del Codice<sup>12</sup>.

Nell'ottica di liberalizzazione e semplificazione:

✓ **è estesa senza limitazioni l'esecuzione anticipata del contratto** (art. 50, co. 6), senza condizionarla all'esistenza dei requisiti di urgenza, **dopo la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario; nel caso di mancata stipulazione del contratto, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione** dei lavori ordinati dal direttore dei lavori e, nel caso di servizi e forniture, per le prestazioni eseguite su ordine del direttore dell'esecuzione, nonché

✓ **la possibilità di sostituire il certificato di collaudo o il certificato di verifica di conformità con il certificato di regolare esecuzione, emesso dal direttore dei lavori, dal RUP o dal direttore dell'esecuzione non oltre tre mesi dalla data di ultimazione delle prestazioni oggetto del contratto.**

#### **B.4 Suddivisione in Lotti (art. 60)**

Possibilità per le stazioni appaltanti di motivare la mancata suddivisione, tenendo conto dei principi europei sulla promozione di condizioni di concorrenza paritarie per le piccole e medie imprese.

#### **B.5 Revisione prezzi (art. 61)**

Obbligo di inserire nei documenti di gara la clausola di revisione dei prezzi, che opera al verificarsi di specifiche condizioni oggettive, che comportino una variazione del costo dell'opera, in aumento o in diminuzione, superiore al 5% dell'importo complessivo e opera nella misura dell'80% della variazione stessa.

#### **B.6 Qualificazione delle stazioni appaltanti (artt. 62-63, All. II.4 Qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza)**

Introdotta la distinzione tra stazioni appaltanti qualificate e non qualificate, stabilendo che la qualificazione è necessaria per tutte le acquisizioni di importo superiore a 500.000 euro. Superato tale limite, le stazioni appaltanti non qualificate devono ricorrere a stazioni appaltanti qualificate o centrali di committenza qualificate.

<sup>12</sup> Art. 18, co. 3-7: ".....omissis.....3. Il contratto **non può essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione. Tale termine dilatorio non si applica nei casi:** a) di procedura in cui è stata presentata o ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito, o le impugnazioni sono già state respinte con decisione definitiva; b) di appalti basati su un accordo quadro; c) di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione; **d) di contratti di importo inferiore alle soglie europee, ai sensi dell'articolo 55, comma 2.**

4. Se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante o all'ente concedente fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare di primo grado o del dispositivo o della sentenza di primo grado, in caso di decisione del merito all'udienza cautelare. L'effetto sospensivo cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 15, comma 4, del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato I al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza pronunciarsi sulle misure cautelari con il consenso delle parti, valevole quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare.

5. Se la stipula del contratto **non avviene nel termine per fatto della stazione appaltante o dell'ente concedente**, l'aggiudicatario può farne constatare il silenzio inadempimento o, in alternativa, può sciogliersi da ogni vincolo mediante atto notificato. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali.

6. La mancata stipula del contratto nel termine fissato **per fatto dell'aggiudicatario** può costituire motivo di revoca dell'aggiudicazione.

7. **La mancata o tardiva stipula del contratto al di fuori delle ipotesi di cui ai commi 5 e 6 costituisce violazione del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso."**

**B.7 Trasparenza delle procedure e accesso agli atti per i concorrenti non definitivamente esclusi (artt. 83-90, All. II.7 – Caratteristiche relative alla pubblicazione, All. II.8 – Informazioni contenute negli inviti ai candidati All. II.9 – Informazioni contenute negli inviti ai candidati)**

Pubblicazione di bandi e avvisi, a livello nazionale, sulla banca dati ANAC e sul sito istituzionale della stazione appaltante senza oneri.

**B.8 Cause di esclusione e illecito professionale (art. 94 ed art. 98)**

**Eliminazione**, ai fini dell'esclusione automatica dell'operatore, **della rilevanza della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti (c.d. patteggiamento) per i reati "gravi" di cui all'art. 94.**

**Tipizzazione delle fattispecie rilevanti quali illecito professionale (art. 98)**, attraverso l'eliminazione della possibilità di valutare ogni condotta la cui gravità sia idonea ad incidere su affidabilità e integrità dell'impresa.

Eliminazione della possibilità di valutare il rinvio a giudizio e il c.d. "patteggiamento" per i reati di cui all'art. 98.

**In merito all'illecito professionale grave, si evidenzia che devono sussistere tutti e tre gli elementi di cui al comma 2 dell'art. 98 del Codice e la S.A. deve motivare specificamente su tutti e tre tali elementi.**

Difatti, per quanto previsto dall'art. 98 - Illecito professionale grave (*grassetto aggiunto n.d.r.*):  
"1. *L'illecito professionale grave rileva solo se compiuto dall'operatore economico offerente, salvo quanto previsto dal comma 3, lettere g) ed h).*  
2. *L'esclusione di un operatore economico ai sensi dell'articolo 95, comma 1, lettera e) è disposta e comunicata dalla stazione appaltante **quando ricorrono tutte le seguenti condizioni:***  
**a) elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale;**  
**b) idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore;**  
**c) adeguati mezzi di prova di cui al comma 6.**  
3. *L'illecito professionale si può desumere al verificarsi di almeno uno dei seguenti elementi:*  
a) *sanzione esecutiva irrogata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore, rilevante in relazione all'oggetto specifico dell'appalto;*  
b) *condotta dell'operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio oppure che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione;*  
c) *condotta dell'operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione **che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, derivanti da inadempimenti particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale;***  
.....omissis.....  
4. *La valutazione di gravità tiene conto del bene giuridico e dell'entità della lesione inferta dalla condotta integrante uno degli elementi di cui al comma 3 e del tempo trascorso dalla violazione, anche in relazione a modifiche intervenute nel frattempo nell'organizzazione dell'impresa.*  
.....omissis.....  
6. *Costituiscono mezzi di prova adeguati, in relazione al comma 3:*  
.....omissis.....  
c) *quanto alla lettera c), l'intervenuta risoluzione per inadempimento o la condanna al risarcimento del danno o ad altre conseguenze comparabili;*  
.....omissis.....  
7. *La stazione appaltante valuta i provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali di cui al comma 6 motivando sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente; l'eventuale impugnazione dei medesimi è considerata nell'ambito della valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente.*  
8. *Il provvedimento di esclusione deve essere motivato in relazione a tutte e tre le condizioni di cui al comma 2."*

Alla stregua della citata disciplina, può ipotizzarsi, pertanto, che **un'eventuale pregressa risoluzione per inadempimento**, che **avesse carattere episodico e fosse relativa ad un contratto di minima entità** rispetto al numero di commesse ed all'importanza dei clienti dell'operatore economico, maturati nel periodo di attività dello stesso, **non dovrebbe rilevare come illecito professionale grave**; in particolare se la detta risoluzione sia stata impugnata,

sia trascorso del tempo dalla risoluzione e, se del caso, siano state anche apportate, nel frattempo, modifiche nell'organizzazione dell'impresa.

### **B.9 Criteri di aggiudicazione (art. 108)**

Soppressione del tetto del 30% per l'incidenza del prezzo nell'offerta economicamente più vantaggiosa, previsto solo per alcuni contratti espressamente indicati all'art. 108.

Possibilità per le stazioni appaltanti di prevedere **criteri premiali atti a favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese** nella valutazione dell'offerta ed a promuovere, per le **prestazioni dipendenti dal principio di prossimità per la loro efficiente gestione**, l'affidamento ad **operatori economici con sede operativa nell'ambito territoriale di riferimento** (art. 108, comma 7).

Al fine di **promuovere la parità di genere**, previsione da parte delle stazioni appaltanti nei bandi di gara del maggior punteggio da attribuire alle imprese che attestano, anche a mezzo di autocertificazione, il possesso dei requisiti di cui all'art. 46-bis del Codice delle pari opportunità, di cui al D. Lgs. n. 198/2006 (art. 108, comma 7).  
Al riguardo si segnala che, con l'art. 2, D.L. 29.5.2023, n. 57, sono stati sostituiti il quinto e sesto periodo dell'art. 108, comma 7, come segue: *"Al fine di promuovere la parità di genere, le stazioni appaltanti prevedono nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, il maggior punteggio da attribuire alle imprese per l'adozione di politiche tese al raggiungimento della parità di genere comprovata dal possesso della certificazione della parità di genere di cui all'articolo 46-bis del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198"*<sup>13</sup>.

### **B.10 Subappalto "a cascata" (artt. 119 e 188)**

Introduzione del subappalto "a cascata", in conformità alla normativa e alla giurisprudenza europea, con facoltà per le stazioni appaltanti di indicare nei documenti di gara le prestazioni o le lavorazioni oggetto del contratto di appalto che non possono formare oggetto di ulteriore subappalto nei limiti di quanto previsto dalla normativa di riferimento, in ragione delle loro specifiche caratteristiche o dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere oppure di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali.

### **B.11 Varianti migliorative (art. 120)**

Introduzione di una disciplina meno restrittiva per l'appaltatore rispetto a quella contenuta nel D.M. 49/2018.

### **B.12 Settori Speciali (artt. 141-152)**

Riconoscimento ai settori speciali di maggiore autonomia.

Riconoscimento di poteri di autorganizzazione per le imprese pubbliche e i privati titolari di diritti speciali o esclusivi

Possibilità per le stazioni appaltanti di determinare le dimensioni dell'oggetto dell'appalto e la suddivisione in lotti senza obbligo di motivazione aggravata.

Possibilità per le imprese pubbliche e per i soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi di stabilire preventivamente le condotte ricomprese nella fattispecie escludente dell'illecito professionale.

Per quanto concerne l'affidamento dei contratti sottosoglia, si rinvia alla precedente lett. B.3).

### **B.13 Competenze ANAC (artt. 220-223)**

#### **Eliminazione delle Linee guida (sostituite dagli allegati al Codice)**

mantenimento delle funzioni sanzionatorie ed attribuzione della titolarità in via esclusiva della Banca dati nazionale dei contratti pubblici, con l'anagrafe unica delle stazioni appaltanti, compreso l'elenco dei soggetti aggregatori, nonché l'anagrafe degli operatori economici.

© SONOINGARA\_Riproduzione riservata

<sup>13</sup> Come si legge nella relazione governativa al D.L. n. 57/2023, in corso di conversione, tale modifica si è resa necessaria "in considerazione, da un lato, dell'intrinseca difficoltà di procedere alla puntuale verifica dell'attendibilità delle citate autocertificazioni e, dall'altro, della necessità di assicurare una rapida definizione delle procedure di affidamento e di incentivare e promuovere le politiche tese al raggiungimento della parità tra i sessi, in coerenza con gli impegni assunti in ambito europeo", così riproducendo pedissequamente il contenuto della disciplina recata dal comma 13 dell'art. 95, Codice.