

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI PARTHENOPE

Dipartimento di Giurisprudenza

CORSO DI STUDI in *MANAGEMENT PUBBLICO*

Diritto dei contratti e delle obbligazioni

mod. I

Prof.ssa Bianca Nicla Romano

A.A. 2023-2024

**L'APPALTO: I CONTRATTI DI IMPORTO
INFERIORE ALLE SOGLIE EUROPEE, GLI
ISTITUTI E LE CLAUSOLE COMUNI**

Dei contratti di importo inferiore alle soglie europee

Il Libro II, intitolato «Dell'appalto», si suddivide in sette parti che sono le seguenti:

- 1) PARTE I: Dei contratti di importo inferiore alle soglie europee
- 2) PARTE II: Degli istituti e delle clausole comuni
- 3) PARTE III: Dei soggetti
- 4) PARTE IV: Delle procedure di scelta del contraente
- 5) PARTE V: Dello svolgimento delle procedure
- 6) PARTE VI: Dell'esecuzione
- 7) PARTE VII: Disposizioni particolari per alcuni contratti dei settori ordinari

Dei contratti di importo inferiore alle soglie europee

La Parte I del Libro II contiene le norme riferite ai contratti sottosoglia, riguardanti i punti qualificanti della procedura di affidamento, dai principi applicabili, alle modalità di individuazione dell'affidatario, agli snodi dei meccanismi di gara che sono stati disciplinati in termini difformi dal soprasoglia (oltre alle modalità di individuazione del contraente, le offerte anomale, le garanzie delle offerte, ecc.).

Diversamente dal D. Lgs. n. 50 del 2016, nel quale le previsioni proprie del sottosoglia erano sparse nell'intera disciplina codicistica, nel nuovo Codice è più agevole l'individuazione della normativa applicabile ai contratti di importo inferiore alle soglie europee.

Dei contratti di importo inferiore alle soglie europee

La disciplina è stata elaborata in attuazione dei principi di cui alla legge delega 21 giugno 2022, n. 78, in particolare di quelli contenuti nell'art. 1, comma 2, lett. e), che indica l'obiettivo di semplificazione nonché i principi cui deve ispirarsi la regolazione dei contratti di importi inferiori alle soglie europee, e lett. t), sui meccanismi di determinazione ed esclusione delle offerte anomale.

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 (come nella previsione ripresa nel comma 9 dell'art. 50).

Dei contratti di importo inferiore alle soglie europee

Dunque, si è prevista l'estensione a regime di gran parte delle previsioni che tali decreti legge dettavano con esclusivo riferimento alla fase emergenziale (limitatamente cioè all'ipotesi in cui la "determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente fosse adottato entro il 30 giugno 2023", secondo la previsione dell'art. 1, comma 1, decreto-legge n. 76 del 2020).

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 applicabile ai contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea

In un solo articolo (art. 48) viene collocata la disciplina comune applicabile ai contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea in attuazione della lettera e) del comma 2 dell'art. 1 della legge delega n. 78 del 2022, in particolare stabilendo i principi generali cui i relativi affidamenti devono ispirarsi.

La stessa disciplina prima, invece, si trovava divisa in più articoli e/o disposizioni (art.30, art. 32 e decreti legge di semplificazione)

Viene, inoltre, dato maggiore rilievo al principio di rotazione degli affidamenti (art. 49), prima contenuto nell'art. 36 rubricato "contratti sotto soglia".

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

In particolare il comma 2 è nuovo rispetto alla disciplina precedente.

Esso 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.

Tale previsione 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.

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

La previsione tiene, inoltre, conto anche 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 applicabile ai contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea

Nel decreto legislativo n. 50 del 2016 una previsione specifica sull'interesse transfrontaliero era contenuta nell'art. 97, comma 8, secondo cui l'esclusione automatica delle offerte anomale si applica ai contratti sottosoglia, che vengano aggiudicati al prezzo più basso, a condizione che non presentino interesse transfrontaliero.

Ma già le Linee Guida ANAC n. 4 (aventi ad oggetto "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici") avevano optato per una previsione di portata più generale, statuendo che «per l'affidamento di appalti e concessioni di interesse transfrontaliero certo le stazioni appaltanti adottano le procedure di aggiudicazione adeguate e utilizzano mezzi di pubblicità atti a garantire in maniera effettiva ed efficace l'apertura del mercato alle imprese estere».

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

Attraverso il comma 2 si è, dunque, stabilito di sottoporre l'affidamento dei contratti sottosoglia, allorquando presentino interesse transfrontaliero certo alla luce della giurisprudenza europea, alle procedure ordinarie proprie del soprasoglia, al fine di non onerare le stazioni appaltanti del complesso compito di individuare quale possa essere la disciplina adeguata a tale categoria di contratti.

Con i commi 3 e 4, per i quali la relazione può essere svolta congiuntamente, da un lato si è ribadito come anche i contratti sottosoglia siano soggetti alle disposizioni concernenti il contenimento della spesa, con la conseguenza che le stazioni appaltanti dovranno orientarsi verso scelte più semplici ma non meno attente al risparmio e più in generale al buon uso del denaro pubblico.

Dall'altro si è chiarito come, ove non derogate dalle disposizioni della parte I, si applicano a questi contratti le altre disposizioni del codice.

Principio di rotazione degli affidamenti

Come detto, viene dato maggiore rilievo al principio di rotazione degli affidamenti, specificamente nell'art. 49.

Tale norma ne riprende le modalità operative quale principio generale degli affidamenti dei contratti sottosoglia, in attuazione dell'art. 1, comma 2, lett. e), della legge delega 21 giugno 2022, n. 78.

L'art. 36 del vecchio Codice, al comma 1, già imponeva il «rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti» e tale disciplina ha avuto, poi, attuazione attraverso una normativa di dettaglio dettata dalle Linee Guida ANAC n. 4, in particolare ai punti 3.6 e 3.7.

Principio di rotazione degli affidamenti

Nel riprenderne le previsioni, tuttavia innovando taluni profili significativi per calibrare diversamente l'operatività del principio, l'art. 49 precisa la portata del principio con riferimento ad ambiti che già si erano rivelati critici.

In continuità con la disciplina pregressa e con le previsioni delle Linee Guida ANAC n. 4 si impone il rispetto del principio di rotazione già nella fase degli inviti, 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.

Principio di rotazione degli affidamenti

Tale previsione era già stata oggetto della sentenza del Consiglio di Stato, sez. V., 12 giugno 2019, n. 3943. Si stabilisce, dunque, che:

- il principio di rotazione si applica con riferimento all'affidamento immediatamente precedente 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 ancora nello stesso settore di servizi (comma 2);
- ai fini della rotazione, la stazione appaltante, con proprio provvedimento, può ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico e la rotazione si applica con riferimento a ciascuna fascia (comma 3);

Principio di rotazione degli affidamenti

- il principio di rotazione non si applica quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici, in possesso dei requisiti richiesti, da invitare alla successiva procedura negoziata (comma 5).

Tale opzione è stata avallata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. V, 24 maggio 2021, n. 3999) e si giustifica in quanto in detta ipotesi non ricorre la *ratio* che caratterizza il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, il quale, in attuazione del principio di concorrenza, ha la finalità di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, esigenza che non viene in rilievo allorché la stazione appaltante decida di non introdurre alcuno sbarramento al numero degli operatori da invitare alla procedura negoziata all'esito dell'indagine di mercato.

Principio di rotazione degli affidamenti

Come evidenziato nella Relazione dal Consiglio di Stato, in termini innovativi l'art. 49 stabilisce, invece, che:

- in caso di procedura negoziata il principio di rotazione comporta il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto nei confronti del contraente uscente (comma 2). La rotazione si ha, quindi, 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 (al contrario, le Linee Guida ANAC cit. stabilivano che «il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento»). 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 dalla necessità di contenere asimmetrie informative a carico del precedente aggiudicatario.

Principio di rotazione degli affidamenti

In casi debitamente motivati con riferimento alla particolare struttura del mercato e alla riscontrata effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto, l'esecutore uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto (comma 4). La disposizione, rispetto alla disciplina delle Linee Guida ANAC n. 4, risulta innovativa nella parte in cui, a determinate condizioni, consente di reinvitare l'uscente alla successiva procedura negoziata mentre, in riferimento agli affidamenti diretti, riproduce sostanzialmente la disciplina di cui al punto 3.7 delle Linee Guida. Analogamente a quanto previsto dal citato punto 3.7, è da ritenere che, ai fini della deroga al principio di rotazione, i requisiti previsti dal comma 4 dell'art. 49 debbano essere concorrenti e non alternativi tra loro.

Principio di rotazione degli affidamenti

Le Linee Guida ANAC prevedevano che «negli affidamenti di importo inferiore a 1.000 euro, è consentito derogare all'applicazione del presente paragrafo, con scelta, sinteticamente motivata, contenuta nella determinazione a contrarre od in atto equivalente». Si è ritenuto di confermare e, anzi, estendere, tale previsione, che favorisce la semplificazione e velocizzazione degli affidamenti di importo minimo, stabilendo che “è comunque consentito derogare alla rotazione per gli affidamenti di importo inferiore a 5.000 euro”. In tal modo tale limite viene allineato 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.

Procedure per l'affidamento

L'art. 50 disciplina le procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea riprendendo nella sostanza, con alcune modifiche lessicali e alcune puntualizzazioni contenutistiche innovative, il testo dell'art. 1, comma 2, del decreto-legge n. 76 del 2020.

Non si sono ripetute le previsioni disciplinari relative agli affidamenti diretti nelle aree del cratere sismico, che potranno trovare collocazione in allegati al codice, né quelle relative all'applicazione dei principi, profilo già normato all'art. 48. In particolare, al comma 1 sono confermati i seguenti profili della disciplina dei contratti sottosoglia, già propri della pregressa disciplina:

a) salvezza della normativa in materia di aggregazioni e centralizzazione delle committenze e di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza;

Procedure per l'affidamento

b) per quanto concerne gli appalti di lavori:

1) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici;

2) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a un milione di euro;

3) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno dieci operatori (si rimette al Governo la scelta di ridurre eventualmente tale numero), per lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie europee.

Procedure per l'affidamento

c) per quanto concerne gli appalti di servizi e forniture:

1) affidamento diretto di servizi e forniture, 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;

2) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici (si rimette al Governo la scelta di ridurre eventualmente tale numero), 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'art. 14.

Procedure per l'affidamento

Con riferimento all'affidamento diretto (comma 1, lett. a) e b)) 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, anche individuati tra coloro che risultano iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante. 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 per l'affidamento

Nel testo della norma in esame il riferimento alle procedure negoziate senza bando (comma 1, lettere c), d) ed e)) non è stato accompagnato, come invece avveniva nell'art. 1, comma 2 del decreto-legge n. 76 del 2020, dal richiamo all'art. 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016; né si è rinviato 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.

Procedure per l'affidamento

Il comma 1, lett. d) prevede che, in ipotesi di lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie europee, la stazione appaltante, in luogo del ricorso alla procedura negoziata senza bando, possa utilizzare le procedure ordinarie, «previa adeguata motivazione». 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, da cui talvolta le stazioni appaltanti tendono a sfuggire, temendo i maggiori margini di discrezionalità da esse offerti.

Procedure per l'affidamento

Al contrario, l'art. 36, comma 2 del decreto legislativo n. 50 del 2016, prevedeva l'utilizzo delle procedure ordinarie come facoltà sempre percorribile dalla stazione appaltante («salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie»). 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, ma «previa adeguata motivazione». Si tratta, cioè, non di libera opzione, ma della possibilità di accedere alle più complesse procedure ordinarie in esito a una specifica motivazione delle ragioni tecniche che, nel singolo caso, rendono preferibile – effettuato il dovuto bilanciamento degli interessi pubblici in gioco – l'utilizzo del più garantistico, ma più complesso, procedimento ordinario di gara.

Procedure per l'affidamento

Con riferimento ai contratti ad alta intensità di manodopera (per i quali «il costo della manodopera è pari o superiore al 50 per cento dell'importo complessivo dei corrispettivi», secondo la definizione dell'art. 2 lett. e Allegato I.1 del nuovo codice), il comma 3 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.

Procedure per l'affidamento

Anche in questo caso si tratta di conferma di previsione già contenuta sia nella disciplina codicistica che in quella emergenziale, poiché sia l'art. 36, comma 9-bis, cit. che l'art. 1, comma 3, cit. prevedono il necessario utilizzo dell'offerta economicamente più vantaggiosa nei casi di cui all'art. 95, comma 3, del decreto legislativo n. 50 del 2016, nei quali rientra anche l'ipotesi dei contratti ad alta intensità di manodopera. Nell'ipotesi, invece, contemplata dalla suddetta lett. d), di utilizzo facoltativo da parte della stazione appaltante delle procedure ordinarie, valgono evidentemente le regole del sopra soglia anche con riferimento ai criteri di aggiudicazione.

Procedure per l'affidamento

Il comma 4 disciplina i criteri di selezione utilizzabili per l'aggiudicazione nell'ambito delle procedure negoziate sottosoglia, stabilendo il principio di libera scelta da parte delle stazioni appaltanti circa l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ovvero del prezzo più basso. 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 (all'art. 36, comma 9-bis, introdotto dal decreto-legge n. 32 del 2019) e anche dalla normativa del periodo emergenziale (art. 1, comma 3, secondo periodo, del decreto-legge n. 76 del 2020).

Procedure per l'affidamento

Il comma 5, invece, stabilisce che le imprese pubbliche che operano nell'ambito definito dagli articoli da 146 a 152 applichino ai contratti sottosoglia la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, se i contratti presentano un interesse transfrontaliero certo, deve essere conforme ai principi del Trattato UE a tutela della concorrenza. I soggetti che operano negli stessi settori in virtù di diritti speciali o esclusivi applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti la quale deve sempre essere conforme ai predetti principi del Trattato UE.

Procedure per l'affidamento

Il comma in questione in parte ripropone la norma contenuta nell'art. 36, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, con la quale è disciplinato l'affidamento a terzi, da parte di imprese pubbliche o di privati titolari di diritti speciali ed esclusivi, degli appalti sottosoglia riferibili ai settori (c.d. speciali) rientranti nell'ambito definito dagli artt. da 115 a 121 del medesimo decreto legislativo (corrispondenti, nel nuovo codice, agli articoli da 146 a 152 del Libro III, Parte I).

Procedure per l'affidamento

Per i contratti sottosoglia, la norma previgente dettava una disciplina unitaria per le imprese pubbliche e per i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi, rinviando all'applicazione delle norme interne dei singoli enti o società, purché siano conformi ai principi del Trattato posti a tutela della concorrenza.

Procedure per l'affidamento

Essa, quindi, non sembrava consentire alle imprese pubbliche che esercitavano in uno dei settori speciali (unico presupposto applicativo per essere assoggettate alla relativa normativa prevista dagli artt. 153 ss. del presente codice, anche quando il servizio o l'attività siano state acquisite mediante una procedura di evidenza pubblica), che intendessero affidare a terzi appalti strumentali allo svolgimento di una delle predette attività, di utilizzare strumenti di acquisizione più flessibili e semplificati come quelli previsti nei commi da 1 a 3 dell'articolo 50.

Procedure per l'affidamento

La regola della conformità ai principi del Trattato è ribadita, per i contratti sottosoglia affidati da soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi (ossia «concessi dallo Stato o dagli enti locali ovvero da altre amministrazioni pubbliche attraverso atti di carattere legislativo, regolamentare o amministrativo, adeguatamente pubblicati [...]» (secondo la definizione di cui all'art. 1, Allegato I.1 al codice) anche quando si tratti di contratti che non presentano interesse transfrontaliero.

Procedure per l'affidamento

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

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

Procedure per l'affidamento

I bandi e gli avvisi di pre-informazione relativi a tali contratti sono pubblicati a livello nazionale con le modalità di cui all'articolo 85, con esclusione della trasmissione del bando di gara all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea e con le stesse modalità è pubblicato anche l'avviso sui risultati delle procedure di affidamento.

L'indagine di mercato

L'allegato II.1, all'art. 2, disciplina l'**indagine di mercato** preordinata a conoscere gli operatori interessati a partecipare alle procedure di selezione per lo specifico affidamento. Essa non ingenera negli operatori alcun affidamento sul successivo invito alla procedura ed è svolta secondo le modalità ritenute più convenienti dalla stazione appaltante, differenziate per importo e complessità di affidamento, secondo i principi di adeguatezza e proporzionalità, anche tramite la consultazione dei cataloghi elettronici del mercato elettronico propri o delle altre stazioni appaltanti, nonché di altri fornitori esistenti.

I risultati delle indagini sono formalizzati dalla stazione appaltante con esclusione delle informazioni che potrebbero compromettere la posizione degli operatori sul mercato di riferimento e, comunque, nel rispetto delle previsioni di cui all'articolo 35 del codice in riferimento alla tempistica prevista per la conoscibilità di alcuni dati e atti di gara.

L'indagine di mercato

La stazione appaltante deve assicurare l'opportuna pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato, scegliendo gli strumenti più idonei in ragione della rilevanza del contratto per il settore merceologico di riferimento e della sua contendibilità. A tal fine la stazione appaltante pubblica un avviso sul suo sito istituzionale e sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC.

La durata della pubblicazione è stabilita in ragione della rilevanza del contratto, per un periodo minimo identificabile in **quindici giorni**, salva la riduzione del suddetto termine per motivate ragioni di urgenza a non meno di cinque giorni.

L'indagine di mercato

L'avviso di avvio dell'indagine di mercato indica il valore dell'affidamento, gli elementi essenziali del contratto, i requisiti di idoneità professionale, i requisiti minimi di capacità economica e finanziaria e le capacità tecniche e professionali richieste ai fini della partecipazione, il numero minimo ed eventualmente massimo di operatori che saranno invitati alla procedura, i criteri di selezione degli operatori economici, le modalità per comunicare con la stazione appaltante.

Nel caso in cui sia previsto un numero massimo di operatori da invitare, l'avviso di avvio dell'indagine di mercato indica anche i criteri utilizzati per la scelta degli operatori. Tali criteri devono essere oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza.

L'indagine di mercato

Il sorteggio o altri metodi di estrazione casuale dei nominativi sono consentiti solo in casi eccezionali in cui il ricorso ai criteri di cui al terzo periodo è impossibile o comporta per la stazione appaltante oneri assolutamente incompatibili con il celere svolgimento della procedura; tali circostanze devono essere esplicitate nella determina a contrarre (o in atto equivalente) e nell'avviso di avvio dell'indagine di mercato.

Elenchi di operatori economici

In alternativa alle indagini di mercato, l'art. 3 disciplina la possibilità, per la stazione appaltante, di individuare gli operatori economici da invitare, selezionandoli da elenchi appositamente costituiti a seguito di avviso pubblico, nel quale è rappresentata la volontà della stazione appaltante di realizzare un elenco di soggetti da cui possono essere tratti i nomi degli operatori da invitare.

L'avviso di costituzione di un elenco di operatori economici è reso conoscibile mediante pubblicazione sul sito istituzionale della stazione appaltante e sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC.

Esso 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.

Elenchi di operatori economici

L'operatore economico può richiedere l'iscrizione limitata a una o più fasce di importo, ovvero a singole categorie.

La dichiarazione del possesso dei requisiti può essere facilitata tramite la predisposizione di formulari standard da parte dell'amministrazione allegati all'avviso pubblico.

L'eventuale possesso dell'attestato di qualificazione SOA per la categoria dei lavori oggetto dell'affidamento è sufficiente per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale richiesti

Elenchi di operatori economici

L'iscrizione agli elenchi degli operatori economici interessati provvisti dei requisiti richiesti è consentita senza limitazioni temporali.

L'operatore economico attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa ed è tenuto a informare tempestivamente la stazione appaltante delle eventuali variazioni intervenute nel possesso dei requisiti secondo le modalità fissate dalla stessa.

Elenchi di operatori economici

La stazione appaltante procede alla valutazione delle istanze di iscrizione nel termine di trenta giorni dalla ricezione dell'istanza, fatta salva la previsione di un maggiore termine, non superiore a novanta giorni, in funzione della numerosità delle istanze pervenute. Il mancato diniego nel termine prescritto equivale ad accoglimento dell'istanza di iscrizione.

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

Commissione giudicatrice

Ai sensi dell'art. 51, nel caso di aggiudicazione di tali contratti con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla commissione giudicatrice può partecipare il RUP, anche in qualità di presidente.

Esclusione automatica delle offerte anomale

Ai sensi dell'art. 54, le stazioni appaltanti, in deroga a quanto previsto dall'articolo 110, prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultano anomale, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque, nel caso di aggiudicazione, con il criterio del prezzo più basso, di contratti di appalto di lavori o servizi di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea che non presentano un interesse transfrontaliero certo.

Esclusione automatica delle offerte anomale

Un'offerta si intende anomala o anormalmente bassa rispetto all'entità delle prestazioni richieste dal bando quando suscita il sospetto della scarsa serietà della stessa e di una possibile non corretta esecuzione della prestazione contrattuale, per il fatto di non assicurare un adeguato profitto all'operatore economico. A tal fine, l'ordinamento ha fissato alcune regole convenzionali per stabilire quando una offerta è anormalmente bassa.

Esclusione automatica delle offerte anomale

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

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

Appalti esclusi nei settori ordinari

La parte II del Libro II contiene disposizioni “trasversali”, tra esse eterogenee e comuni all’appalto.

L’art. 56 racchiude al suo interno le ipotesi di appalti nei settori ordinari **esclusi** dall’applicazione del codice. Nel disegno originario del decreto legislativo 50 del 2016, i numeri degli articoli corrispondenti erano 9, 15, 16, 17 e 17 bis.

Al di là della differente tecnica legislativa utilizzata, si tratta pur sempre delle esclusioni ricavate dalla direttiva n. 24 del 2014, in particolare rispetto alle comunicazioni elettroniche, agli appalti aggiudicati in base a norme internazionali, a quelli di servizi riferiti a determinati oggetti, quali ad esempio lavoro, servizi legali, arbitrati e conciliazioni, servizi finanziari, servizi di media, a quelli di servizi aggiudicati in base a un diritto esclusivo.

A questi casi si aggiungono gli appalti aventi ad oggetto l’acquisto di prodotti agricoli per importi ridotti, e quelli riferiti agli appalti nei settori speciali e alle concessioni.

Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale

L'art. 57, che disciplina le **Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale**, rappresenta l'approdo di plurimi interventi normativi e dubbi interpretativi sorti in sede applicativa del vigente art. 50 del D. Lgs. 50/2016, espliciti, prima nel parere del Consiglio di Stato n. 2703 del 21 novembre 2018, reso all'Adunanza della Commissione speciale del 26 ottobre 2018, richiesto dall'ANAC, e poi nelle stesse Linee Guida dell'ANAC n. 13, recanti «La disciplina delle clausole sociali», approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 114 del 13 febbraio 2019.

Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale

Prima della modifica di tale norma avvenuta tramite la L. 120/2020 l'inserimento della "clausola sociale" risultava obbligatorio per i contratti sopra soglia, mentre per i contratti al di sotto delle soglie comunitarie era prevista come una mera facoltà.

Il comma 1 dell'art. 56 del nuovo Codice, invece, prevede "l'obbligo" per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, avvisi e inviti, specifiche "clausole sociali" con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate a garantire la stabilità del personale impiegato.

Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale

L'applicazione delle clausole sociali resta esclusa solo per i servizi di natura intellettuale.

L'articolo, coerentemente con il criterio della delega, fa riferimento espresso ai contratti collettivi nazionali e territoriali di settore ed elimina il riferimento legislativo all'art. 51 del decreto legislativo n. 81 del 2015. Specifica, inoltre, che le clausole sociali debbano garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare.

Accordi quadro

Nella Parte II *de qua* sono, inoltre, contenute le norme che disciplinano la divisione in lotti di cui si è già detto e gli **accordi quadro** (art. 59).

Questi ultimi possono essere conclusi dalle stazioni appaltanti, con la durata non superiore a **quattro anni**, salvo casi eccezionali debitamente motivati, in particolare con riferimento all'oggetto dell'accordo quadro.

L'accordo quadro indica il valore stimato dell'intera operazione contrattuale.

Accordi quadro

Non si può ricorrere agli accordi quadro per eludere l'applicazione del codice o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza. In particolare, il ricorso all'accordo quadro non è ammissibile ove l'appalto consequenziale comporti modifiche sostanziali alla tipologia delle prestazioni previste nell'accordo.

Gli appalti basati su un accordo quadro sono aggiudicati secondo le procedure previste dal presente articolo, applicabili tra le stazioni appaltanti, individuate nell'indizione della procedura per la conclusione di esso e gli operatori economici selezionati in esito alla stessa.

In sede di appalto non possono apportarsi modifiche sostanziali alle condizioni fissate nell'accordo quadro.

Contratti riservati

All'art. 61 sono disciplinati i **contratti riservati**, ovvero contratti di appalto e di concessione ai quali le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono riservare il diritto di partecipazione o l'esecuzione ad operatori economici e a cooperative sociali e loro consorzi che abbiano come scopo principale l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate.

Esse possono, inoltre, riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il 30 per cento dei lavoratori dei suddetti operatori economici sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati.

Contratti riservati

In tali casi, nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, come requisiti necessari o come ulteriori requisiti premiali dell'offerta, sono previsti meccanismi e strumenti idonei a realizzare le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate.

Il bando di gara o l'avviso di pre-informazione danno espressamente atto che si tratta di appalto o concessione riservati.

Contratti riservati

Nell'All. II.3 sono disciplinati i meccanismi e gli strumenti premiali per realizzare le pari opportunità generazionali e di genere e per promuovere l'inclusione lavorativa delle persone disabili.

In particolare, il comma 4 dell'art. 1 prevede che le stazioni appaltanti prevedono, nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, specifiche clausole dirette all'inserimento, come requisiti necessari e come ulteriori requisiti premiali dell'offerta, di criteri orientati a promuovere l'imprenditoria giovanile, l'inclusione lavorativa delle persone disabili, la parità di genere e l'assunzione di giovani, con età inferiore a trentasei anni, e donne.

Contratti riservati

Il contenuto delle clausole è determinato tenendo, tra l'altro, conto dei principi di libera concorrenza, proporzionalità e non discriminazione, nonché dell'oggetto del contratto, della tipologia e della natura del singolo progetto in relazione ai profili occupazionali richiesti, dei principi dell'Unione europea, degli indicatori degli obiettivi attesi in termini di occupazione femminile e giovanile e di tasso di occupazione delle persone disabili al 2026, anche in considerazione dei corrispondenti valori medi nonché dei corrispondenti indicatori medi settoriali europei in cui vengono svolti i progetti.

Contratti riservati

È prevista l'assegnazione di un punteggio aggiuntivo all'offerente o al candidato che:

a) nei tre anni antecedenti la data di scadenza del termine di presentazione delle offerte, non risulti destinatario di accertamenti relativi ad atti o comportamenti discriminatori contrari alla disciplina sull'immigrazione, ma anche sulla tutela e sul sostegno della maternità e della paternità;

b) utilizzi o si impegni a utilizzare specifici strumenti di conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro per i propri dipendenti, nonché modalità innovative di organizzazione del lavoro;

c) si impegni ad assumere, oltre alla soglia minima percentuale prevista come requisito di partecipazione, persone disabili, giovani, con età inferiore a trentasei anni, e donne per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività a esso connesse o strumentali;

Contratti riservati

- abbia, nell'ultimo triennio, rispettato i principi della parità di genere e adottato specifiche misure per promuovere le pari opportunità generazionali e di genere, anche tenendo conto del rapporto tra uomini e donne nelle assunzioni, nei livelli retributivi e nel conferimento di incarichi apicali;
- abbia, nell'ultimo triennio, rispettato gli obblighi in materia di lavoro per i disabili.

L'inadempimento agli obblighi disciplinati dalla norma è sanzionato con penali che sono previste nel contratto di appalto e che sono commisurate alla gravità della violazione e proporzionali rispetto all'importo del contratto o alle prestazioni del contratto.

Contratti riservati

In particolare, la violazione dell'obbligo previsto dal comma 2 di consegnare, alla stazione appaltante, entro sei mesi dalla conclusione del contratto, una relazione di genere sulla situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni e in relazione allo stato di assunzioni, della formazione, della promozione professionale, dei livelli, dei passaggi di categoria o di qualifica determina l'impossibilità per l'operatore economico di partecipare, in forma singola ovvero in raggruppamento temporaneo, per un periodo di dodici mesi a ulteriori procedure di affidamento.