

TEORIA E PRATICA DEL DIRITTO

AMMINISTRATIVO

Francesco Armenante

LE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI

SECONDA EDIZIONE

 **GIUFFRÈ**
GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

AGGIORNATO ALLA RIFORMA
DEI CONTRATTI PUBBLICI
(D.LGS. N. 36/2023)

PREMESSE

La gestione di un procedimento di gara presenta aspetti particolarmente complessi e non sempre definibili in modo univoco ⁽¹⁾.

L'assunto è avallato dalla copiosa giurisprudenza pretoria che si rinviene *in subiecta materia*, relativa sia ai profili soggettivi ed oggettivi della disciplina di settore sia alle singole fasi in cui, diacronicamente, può articolarsi la procedura di affidamento o di gara. Alcuni di tali orientamenti — in special modo quelli espressi (sempre più di frequente, in virtù dei rinvii operati dalle Magistrature nazionali) dalla Corte di giustizia eurounitaria — costituiscono, ora, diritto positivo, a seguito di apposite novelle normative; tuttavia, la mancanza di un chiaro paradigma normativo (peraltro caratterizzato da continue modifiche oltre che da un sistema di **fonti pluriarticolato** che registra la competenza di diversi livelli di governo, nonché da un peculiare regime di normative parallele) ⁽²⁾ impone all'operatore di rincorrere gli indi-

⁽¹⁾ La tematica è stata, da sempre, oggetto di approfondimenti. Tra le opere tradizionali, si segnalano: D. BORTOLOTTI, *Contratti della amministrazione pubblica*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Torino, 1989, 36 ss.; P. VIRGA, *I contratti della pubblica amministrazione*, Palermo, 1971; M.S. GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, Milano, 1964. Sulla disciplina vigente: AA.VV., *Codice dei contratti pubblici - Commentario di dottrina e giurisprudenza*, Torino, 2019; A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI e V. LOPILATO, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2018; R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge "sblocca cantieri"*, Bologna, 2020, R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, G. DELLA TORRE, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, 2016, G.M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici: commentario di dottrina e giurisprudenza*, Milano, 2017; M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019; F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, P. MANTINI (a cura di), *I contratti pubblici. Trattato sistematico sulla contrattualistica pubblica*, Roma, 2021; R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, II ed., Roma, 2021; A. LONGO, *Fondamento del diritto dei contratti pubblici*, Milano, 2022.

⁽²⁾ Del tutto peculiare è stata la previsione, di cui ai cc.dd. "decreti semplificazione" (precisamente: il d.l. n. 76/2020, conv., con modif., in l. n. 120/2020 e il d.l. n.

rizzi ermeneutici offerti dal giudice amministrativo (non sempre convergenti e univoci) oltre che (soprattutto in vigore del d. lgs. n. 50/2016) dall'apposita Autorità indipendente (*recte*: ANAC) ⁽³⁾.

La recente codificazione ad opera del d.lgs. n. 36/2023 ⁽⁴⁾, pur presentando apprezzabili profili di innovazione, soprattutto nell'ottica di una tendenziale semplificazione, non risulta esaustiva degli istituti ivi trattati, tantomeno può consentire di superare le molteplici criticità che caratterizzano la gestione dell'attività negoziale ⁽⁵⁾. In alcuni casi, poi, le espressioni utilizzate si prestano a interpretazioni non uniformi, destinate ad alimentare un vivace dibattito in sede giuspubblicistica ⁽⁶⁾, senza considerare che il rinvio ad allegati "claudicanti", la cui efficacia è condizionata da successivi (e temporalmente incerti) interventi governativi non favorisce quel consolidamento della disciplina da più parti auspicato ⁽⁷⁾.

In tale contesto non sembra avere un effetto decisivo la natura

77/2021, conv., con modif., in l. n. 108/2021), di una disciplina temporanea, applicabile entro un predefinito arco temporale, successivamente prorogato, senza alcun effetto abrogativo o modificativo della disciplina di settore.

⁽³⁾ La difficoltà del coordinamento tra le diverse disposizioni normative è comprovata dai plurimi interventi del Giudice delle leggi, aventi ad oggetto legislazioni regionali. Ivi si è ribadito che: "Le disposizioni del codice dei contratti pubblici regolanti le procedure di gara, anche se relative ad appalti sotto soglia, sono riconducibili alla materia della tutela della concorrenza e vanno ascritte all'area delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali, nonché delle norme con le quali lo Stato ha dato attuazione agli obblighi internazionali nascenti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea, sicché le autonomie speciali non possono dettare discipline da esse difformi" (Corte cost., 14 dicembre 2016, n. 263, 11 marzo 2020, n. 39, e 27 maggio 2020, n. 98).

⁽⁴⁾ Precisamente il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (G.U. del 31 marzo 2023, n. 77, suppl. ord. n. 12), rubricato "Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici".

⁽⁵⁾ È pur vero che riforme strutturalmente innovative non potevano prospettarsi, in assenza di preventiva modifica delle direttive 2014/23/UE e 2014/24/UE.

⁽⁶⁾ Si pensi alla figura dell'amministratore di fatto (di cui all'art. 94) o alle modalità di applicazione del *self cleaning* in sede di gara (di cui all'art. 96), alle previsioni poco puntuali in tema di criteri di valutazione delle offerte e di verifica dell'anomalia.

⁽⁷⁾ Il nuovo Codice di cui al citato d.lgs. n. 36/2023 è strutturato in cinque Libri, corredati da circa quaranta Allegati (che sostituiscono ogni fonte attuativa, ossia: gli

“auto-rafforzata” del nuovo Codice, sancita dall’art. 227, in virtù della quale è ammessa solo una modifica espressa (e non tacita) della disciplina ivi dettata.

Certamente vanno apprezzate le plurime semplificazioni che permeano diversi istituti, disancorandoli da modelli eccessivamente rigidi; così come merita condivisione la nuova prospettiva di approccio alla materia, non più caratterizzata dalla “logica del sospetto” ma, all’opposto, dalla valorizzazione della “fiducia”, riferita alla stazione appaltante e agli operatori economici.

Alcune delle riforme assumono una valenza meramente nominalistica e formale (come la definizione di Responsabile unico del progetto in luogo di Responsabile unico del procedimento), altre consentono di allineare la legislazione di settore agli indirizzi eurounitari (come le previsioni sulla sostituzione dell’ausiliaria, sull’avvalimento premiale, sul subappalto a cascata), altre risultano meglio rispondenti alle caratteristiche (organiche e dimensionali) delle stazioni appaltanti (come la possibilità di designare il RUP anche tra dipendenti a tempo determinato o di nominare una commissione di interni), altre ancora sono tese a ridurre incertezze applicative (e discrezionalità della stazione appaltante) in tema, ad esempio, di qualificazione delle imprese negli appalti di servizi e forniture e di motivi di esclusione ancorati a possibili illeciti professionali.

Militano a favore di trasparenza e semplificazione anche gli strumenti della digitalizzazione (in buona parte già noti e operativi, in parte con efficacia differita) che concorrono ad un “ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale” i cui pilastri sono la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, il FVOE - Fascicolo Virtuale dell’Operatore Economico (entrambi gestiti dall’ANAC) e le piattaforme telematiche di approvvigionamento, oltre che la digitalizzazione integrale in materia di accesso agli atti, in linea con lo svolgimento in modalità telematica delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici (8).

Allegati al d.lgs. n. 50/2016, le diciassette Linee Guida ANAC e i circa quindici Regolamenti, tra cui il d.P.R. n. 207/2010).

(8) In base all’art. 225 del Codice, alcuni di essi avranno efficacia dal 1° gennaio 2024.

Favorisce una maggiore efficienza nella gestione delle procedure, anche riducendo l'asimmetria informativa tra pubblico e privato, la qualificazione delle stazioni appaltanti (articolate in tre fasce di importo: qualificazione di base, intermedia e avanzata), soprattutto per le commesse di maggiore importo, caratterizzate da profili applicativi evidentemente più complessi.

Sotto un diverso crinale si pone il paradigma relativo agli affidamenti sotto-soglia che alimenta molteplici perplessità (anche nell'ottica del rispetto dei principi eurounitari che permeano la disciplina di settore nonché alla luce degli immanenti canoni costituzionali di buon andamento e imparzialità), anche perché eccessivamente orientato ad "imporre" (piuttosto che a favorire) affidamenti ampiamente discrezionali, apparentemente sottratti a qualsiasi seria ed auspicabile indagine di mercato, tenuto anche conto delle plurime ed agevoli "deroghe" che ora connotano l'applicazione del principio di rotazione (il naturale contrappeso alla citata discrezionalità).

Un dato è certo: un sistema articolato di fonti, cui concorrono la legislazione primaria statale e (seppur in ambiti ristretti) regionale ⁽⁹⁾, gli atti di indirizzo da parte degli Organi di Governo, nonché i Decreti ministeriali e i Regolamenti governativi (destinati a rivedere o sostituire gli attuali Allegati al Codice) non sembra possa costituire la migliore piattaforma su cui strutturare un'attività semplificata ed efficace.

Le argomentazioni di seguito svolte consentono di tracciare alcuni percorsi risolutivi delle problematiche più ricorrenti, tenendo conto sia del dettato normativo (anche in un'ottica di comparazione con la precedente disciplina) sia delle "buone prassi", oltre che dei prevalenti indirizzi giurisprudenziali ⁽¹⁰⁾; il tutto con l'obiettivo di fornire un'analisi critica della nuova disciplina normativa, anche in un'ottica comparativa con la pregressa codificazione, nonché alla luce del diritto vivente, seguendo l'*iter* procedimentale ed analizzando le singole sub-fasi in cui esso si articola.

Il lavoro non costituisce un commentario né una trattazione esau-

Termine estratto capitolo

⁽⁹⁾ Ai sensi dell'art. 117 della Costituzione, il legislatore può attribuire potestà legislativa anche alle Regioni a statuto

CAPITOLO 1

**L'ATTIVITÀ NEGOZIALE: PRINCIPI
GENERALI E INESPRESSI**

SOMMARIO: 1. Il principio di concorsualità per i contratti passivi e attivi (il danno da concorrenza). — 2. Il *favor participationis*, l'equivalenza delle offerte, il rapporto con il diritto sopravvenuto e la suddivisione in lotti. — 3. La pubblicità delle operazioni, la segretezza nella valutazione delle offerte tecniche (semplificazione ed *e-procurement*) e il divieto di commistione. — 4. La tempestività delle operazioni (principio di continuità e di conservazione) e il principio del risultato. — 5. Il conflitto di interessi potenziale e il principio della fiducia.

1. Il principio di concorsualità per i contratti passivi e attivi (il danno da concorrenza)

Indipendentemente da quale prospettazione si scelga, il primo e precipuo principio che merita di essere analizzato è quello che potremmo definire della “concorsualità”.

La sua centralità in materia è comprovata sia dai plurimi richiami che ivi si rinvencono sia dalla priorità dei sistemi aperti di scelta del contraente e dalla speculare eccezionalità degli affidamenti filtrati o riservati a un numero ristretto di operatori.

E se è indubbio che tale principio trovi datata applicazione per i contratti passivi (caratterizzati dall'esborso di denaro pubblico) è più recente l'acquisizione che estende anche a quelli attivi (dai quali il *partner* trae comunque un vantaggio) l'esigenza di applicare, nella scelta del contraente, un preventivo confronto concorrenziale.

In altri termini, in aderenza ai principi eurounitari della libera circolazione dei servizi, della *par condicio*, dell'imparzialità e della trasparenza, la P.A. è tenuta ad indire una procedura selettiva e a dare prevalenza alla proposta di gestione privata del bene che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e risponda a un più rilevante interesse pubblico, anche sotto il profilo economico.

È *ius receptum* il principio in base al quale anche per la concessione di un bene pubblico sussiste l'obbligo del preventivo esperimento di una gara.

Certo è che le amministrazioni sono tenute ad applicare le regole del procedimento di evidenza pubblica ogni volta che l'attività amministrativa comporti il trasferimento di risorse pubbliche e, dunque, anche nel caso di contratti attivi (da cui, cioè, derivi un'entrata per l'Amministrazione), come è nel caso del contratto di affitto, benché non soggetti alla disciplina puntuale del codice dei contratti pubblici ⁽¹⁾.

I già citati principi comunitari sono applicabili anche alle concessioni di beni demaniali ⁽²⁾, fungendo da parametro di interpretazione e limitazione del “diritto di insistenza” di cui all'art. 37 cod. nav. ⁽³⁾; la sottoposizione ai principi di evidenza pubblica trova il suo presupposto nella circostanza che con la concessione di un'area demaniale marittima si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai principi di trasparenza e non discriminazione, segnalando l'esigenza di un'effettiva e adeguata pubblicità per aprire il confronto concorrenziale su un ampio ventaglio di offerte ⁽⁴⁾.

Sempre richiamando il principio in esame si è ritenuto in contrasto con l'art. 49 del Trattato sul Funzionamento dell'UE la norma che concede un diritto di prelazione incondizionato in favore dei farmacisti dipendenti di una farmacia comunale in caso di cessione di quest'ultima mediante gara ⁽⁵⁾.

(1) T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 26 luglio 2019, n. 1070.

(2) Sulla scorta di tali principi si è rimarcata la necessità della procedura selettiva per le concessioni demaniali, disponendosi la disapplicazione, da parte dei giudici, nonché della pubblica amministrazione, della normativa nazionale che prevedeva una proroga automatica della durata di quelle in essere (Cons. Stato, Ad. Plen., 9 novembre 2021, nn. 17 e 18, e, di recente, T.A.R. Campania, Salerno, sez. III, 30 marzo 2023, n. 725).

(3) Che nella versione iniziale così prevedeva: “È altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze”.

(4) Cons. Stato, sez. VI, 17 luglio 2020, n. 4610.

(5) Corte Giust. UE, sez. IV, 19 dicembre 2019, C-465/18; sulla scorta di tale pronunciato è stato ribadito (T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 24 marzo 2022, n. 802) che il diritto di prelazione incondizionato concesso ai farmacisti dipendenti di una farmacia comunale, in caso di trasferimento della titolarità della stessa, comprime la

Invero, la necessità di una comparazione tra gli operatori (meglio: tra le proposte) non costituisce un'innovazione del diritto comunitario, posto che, nel nostro ordinamento, la positivizzazione di detto principio già si rinviene nella normativa sulla contabilità generale dello Stato (6).

In tale contesto, assumono rilievo sia l'art. 37 del r.d. n. 827/1924, a norma del quale “tutti i contratti dai quali derivi entrata o spesa dello Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, eccetto i casi indicati da leggi speciali e quelli previsti nei successivi articoli”, sia il successivo art. 41 recante i casi di trattativa privata (7).

La portata generale di tale principio, valorizzata anche dal Giudice delle Leggi (8), si desume dalla previsione di altri canoni ermeneutici che tendono a valorizzare profili collaterali dello stesso, tesi a giustiziare comportamenti e clausole che dovessero minarne l'applicazione.

Tra gli altri, assumono rilievo i principi di pubblicità degli atti indittivi della procedura, la natura ordinaria dei sistemi aperti di scelta del contraente (con portata limitata delle ipotesi derogatorie e degli affidamenti diretti), la giustiziabilità di clausole tese a precludere la partecipazione più ampia dei concorrenti.

Su un opposto crinale, ma ispirati alla medesima *ratio*, si pongono gli istituti che favoriscono l'allargamento della platea dei concorrenti, tra cui l'avvalimento, i raggruppamenti temporanei, il subappalto, sui quali si registrano plurimi interventi delle Istituzioni comunitarie (*inter alia*, della Corte di Giustizia e della Commissione) tesi a sanzionare

libertà di stabilimento in quanto è idoneo a dissuadere i farmacisti di altri Stati membri dalla partecipazione alla relativa procedura di gara. Di conseguenza tale disposizione, in quanto riconosciuta contrastante con il diritto euro-unitario, non risulta più applicabile in ragione della prevalenza della pronuncia della Corte di Giustizia sul diritto nazionale incompatibile.

(6) MONORCHIO A. e MOTTURA L.G., *Compendio di contabilità di Stato*, Bari, 2018.

(7) Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 27 maggio 2020, n. 590, e 4 settembre 2019, n. 1490, che ha ritenuto illegittima una delibera del Consiglio comunale con cui era stata disposta la sdemanializzazione di un reliquato stradale e la vendita a trattativa privata.

(8) Il Giudice delle Leggi, con la sentenza 27 maggio 2020, n. 98, ha dichiarato l'incostituzionalità di una normativa regionale (precisamente l'art. 10, comma 4, della l.r. Toscana 16 aprile 2019, n. 18) che prevedeva una riserva a favore delle imprese con sede nel territorio regionale, comportando una limitazione non giustificata della concorrenza.

(mediante apposite pronunce o con l'avvio di procedure di infrazione) l'incompatibilità con le direttive comunitarie della norma interna, anche di rango primario, recante preclusioni all'applicazione degli istituti *de quibus*.

Il principio in esame trova applicazione anche nei contratti attivi ⁽⁹⁾, visto che lo stesso non è riconnesso, esclusivamente, all'ipotesi di esborso di denaro pubblico, ma a qualsiasi ipotesi in cui il privato/ contraente possa trovare vantaggio o altra utilità dall'instaurando rapporto negoziale con la PA ⁽¹⁰⁾.

La sua violazione rileva anche sotto un profilo patrimoniale e contabile, alla luce della risarcibilità del c.d. "danno da concorrenza".

Con tale espressione, nella giurisprudenza contabile, si indica la diminuzione patrimoniale che un'amministrazione subisce quando un contratto venga stipulato in violazione delle regole di evidenza pubblica, che impongono il previo esperimento di una gara, al fine di garantire la possibilità di scegliere, nell'ambito di un adeguato numero di imprese partecipanti, la migliore offerta conseguibile per l'acquisizione di beni e servizi ⁽¹¹⁾.

Dal canto suo, la giurisprudenza amministrativa, con tale espressione, indica il danno risarcibile per equivalente in favore di un'impresa che non abbia avuto la possibilità di aggiudicarsi un contratto (si parla, infatti, di "*perdita di chance*"), o perché illegittimamente esclusa da una gara o perché, altrettanto illegittimamente, la gara non sia stata neppure espletata; danno che — ove ne ricorrano i presupposti — viene determinato in via equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c., in una misura variabile tra il 5% e il 10% del valore del contratto, che costituisce, di regola, l'utile che l'impresa avrebbe potuto conseguire dall'esecuzione del contratto stesso ⁽¹²⁾.

⁽⁹⁾ Ferma restando l'applicabilità del principio in esame, le disposizioni di cui al nuovo codice non trovano applicazione (fatto salvo l'autovincolo dell'Amministrazione precedente) per i contratti attivi e per quelli a titolo gratuito (art. 13).

⁽¹⁰⁾ Per Cons. Stato, sez. V, 29 gennaio 2020, n. 720, la procedura indetta da un Comune per l'affitto di fondi agricoli va qualificata come una procedura diretta alla conclusione di un contratto (e non un'offerta) e non un'offerta a favore

CAPITOLO 2

REGIMI DEROGATORI E ALLEGGERITI

SOMMARIO: 1. Le procedure negoziate e il micro-sistema degli affidamenti diretti. — 2. Il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti. — 3. Profili giustiziali e risarcitori e il modello dell'accordo quadro. — 4. Affidamenti di somma urgenza e di protezione civile. — 5. Le concessioni di servizi e l'affidamento dei servizi sociali (principio di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale).

1. Le procedure negoziate e il micro-sistema degli affidamenti diretti

La scelta della procedura da adottare presuppone un'apposita motivazione qualora si deroghi al principio della più ampia partecipazione.

Tanto avviene, principalmente, in caso di ricorso alla procedura negoziata, posto che, da un lato, la procedura aperta e quella ristretta costituiscono sistemi ordinari, dall'altro, il dialogo competitivo, il partenariato per l'innovazione e la procedura competitiva con negoziazione presuppongono circostanze specifiche e puntuali.

Già in passato, si sottolineava che il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando fosse consentita nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non era compatibile con i termini imposti dalle procedure ordinarie; comunque, le circostanze invocate come estrema urgenza non dovevano essere imputabili agli enti appaltanti ⁽¹⁾.

Ora, alla **procedura negoziata** può farsi ricorso nelle ipotesi di cui all'art. 76 o in quelle prospettate dall'art. 50 del nuovo Codice.

Le ipotesi dell'art. 76 sono tassative e di stretta interpretazione,

(1) Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2255.

concernendo (in modo analogo al d.lgs. n. 50/2016) la gara deserta, l'assenza di concorrenzialità e l'estrema (e qualificata) urgenza.

Come sottolineato anche dalla **Commissione europea** ⁽²⁾, poiché in questo caso si deroga al principio della trasparenza sancito dal Trattato, la Corte di giustizia esige che il ricorso a questa procedura rimanga eccezionale ⁽³⁾; le condizioni devono essere soddisfatte cumulativamente e interpretate in senso restrittivo.

Una « procedura negoziata senza previa pubblicazione » consente alle amministrazioni di negoziare direttamente con i potenziali contraenti; l'aggiudicazione diretta a un operatore preselezionato rimane l'eccezione ed è applicabile se solo un'impresa è in grado di fornire i risultati richiesti nel rispetto dei vincoli tecnici e temporali imposti dall'estrema urgenza ⁽⁴⁾.

Alla luce della vigente codificazione, tale procedura è ammessa, previa apposita motivazione nella determina a contrarre:

a) qualora, all'esito di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata alcuna domanda o alcuna offerta appropriata, né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata ⁽⁵⁾;

b) qualora i lavori, le forniture o i servizi possano essere forniti **unicamente** da un determinato operatore, per le seguenti ragioni:

- lo scopo dell'appalto consista nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica;
- la concorrenza sia assente per motivi tecnici;

⁽²⁾ Nell'ambito degli *“Orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19”* (pubblicati in G.U.U.E del 1° aprile 2020, CI 108).

⁽³⁾ Corte Giust. CE, 15 ottobre 2009, C-275/08, Commissione c. Germania, e Corte Giust. UE 20 giugno 2013, C-352/12, Consiglio Nazionale Ingegneri.

⁽⁴⁾ Come osservato dalla Commissione: “Nessuna fase della procedura è disciplinata a livello dell'UE. Questo significa, nella pratica, che le autorità possono agire il più rapidamente possibile, nei limiti di quanto tecnicamente/fisicamente realizzabile, e la procedura può costituire, di fatto, un'aggiudicazione diretta, soggetta unicamente ai vincoli fisici/tecnici connessi all'effettiva disponibilità e rapidità di consegna”.

⁽⁵⁾ Un'offerta non è appropriata se non è pertinente con l'appalto ed è, quindi, manifestamente inadeguata, salvo modifiche sostanziali, a rispondere alle esigenze della PA. Una domanda non è ritenuta appropriata se l'operatore economico interessato deve o può essere escluso ai sensi degli artt. 94 ss. o non soddisfa i criteri di selezione di cui all'art. 100.

— occorra tutelare i diritti esclusivi, inclusa la proprietà intellettuale;

c) quando, per ragioni di **estrema urgenza** derivanti da eventi **imprevedibili** dall'amministrazione ⁽⁶⁾, i termini per le procedure aperte, ristrette o competitive con negoziazione non possono essere rispettati.

Su tale profilo, in sede giudiziaria ⁽⁷⁾, seppur in vigore del precedente codice del 2016, si è ribadito che la procedura in esame è utilizzabile se: a) l'urgenza derivi da "eventi imprevedibili" e "in alcun caso imputabili" alla amministrazione aggiudicatrice, che rendano impossibile il rispetto dei termini "per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione"; b) della relativa giustificazione sia dato conto "con adeguata motivazione"; c) l'affidamento sia disposto "nella misura strettamente necessaria".

In altri termini, l'opzione in esame riveste carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo delle PP.AA. di individuare il contraente attraverso il confronto concorrenziale, sicché la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi ⁽⁸⁾.

Accanto alle suindicate ipotesi, applicabili a tutte le procedure negoziali, vengono annoverate altre riguardanti la **ripetizione di lavori** o **servizi analoghi**, già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale e nel limite del triennio successivo alla stipulazione del contratto d'appalto iniziale, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi al progetto posto a base di gara ⁽⁹⁾ e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato ai sensi dell'art. 70, comma 1, del nuovo Codice.

⁽⁶⁾ L'urgenza è qualificata se non deriva da ritardi o inadempienze della P.A.

⁽⁷⁾ Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2020, n. 608.

⁽⁸⁾ T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 5 marzo 2019, n. 1223; T.A.R. Marche, sez. I, 6 maggio 2020, n. 273, che ritiene applicabile tale procedura anche alle concessioni.

⁽⁹⁾ Il progetto posto a base di gara indica l'entità di eventuali lavori o servizi complementari e le condizioni alle quali essi verranno aggiudicati. La possibilità di avvalersi della procedura negoziata è indicata sin dall'avvio del confronto competitivo e l'importo totale previsto per la prosecuzione dei lavori o della prestazione dei servizi è computato per la determinazione del valore globale dell'appalto ai fini delle soglie di cui all'art. 14 del Codice.

Altre ipotesi riguardano gli appalti o di servizi ⁽¹⁰⁾ e di forniture ⁽¹¹⁾.

Le amministrazioni aggiudicatrici, attraverso la procedura negoziata, individuano gli operatori economici da consultare (almeno in **numero di tre**, se sussistono soggetti idonei) sulla base delle informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica, finanziaria, tecniche e professionali desunte dal mercato.

Viene selezionato, quindi, l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, previa verifica sul possesso dei requisiti per l'affidamento di contratti di pari importo mediante procedura aperta, ristretta o competitiva con negoziazione.

Altra disciplina derogatoria è quella dettata dall'**art. 50 del nuovo Codice**.

Si tratta di un micro-sistema di affidamenti (ora disciplinato da un corpo normativo sistematico: artt. 48-55 del nuovo Codice) che, seppur di importi minori, costituiscono, in termini numerici, la parte prevalente degli affidamenti disposti dalle Amministrazioni o dagli Organismi di diritto pubblico.

In tale contesto si rinvencono esigenze di semplificazione (in

⁽¹⁰⁾ (10) L'utilizzo di tale procedura è consentito qualora l'appalto faccia seguito ad un concorso di progettazione e debba essere aggiudicato al vincitore o ad uno dei vincitori del concorso (in tale ultimo caso, tutti i vincitori devono essere invitati a partecipare ai negoziati).

⁽¹¹⁾ 11Nel comma 4 dell'art. 76 del nuovo Codice si prevede la possibilità del ricorso alla procedura negoziata:

— quando i prodotti oggetto dell'appalto siano fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo, salvo che si tratti di produzione in quantità volta ad accertare la redditività commerciale del prodotto o ad ammortizzare i costi di ricerca e di sviluppo;

— nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, quando il cambiamento di fornitore obblighi la stazione appaltante ad acquistare forniture con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può comunque di regola superare i tre anni;

CAPITOLO 3

LA FASE INDITTIVA E I REQUISITI DI PARTECIPAZIONE

SOMMARIO: 1. La struttura bifasica della procedura di affidamento e i riflessi giurisdizionali. — 2. La determina a contrarre e la pubblicazione degli atti indittivi. — 3. I motivi di esclusione (profili oggettivi e soggettivi di moralità). — 4. (*Segue*): la regolarità contributiva e fiscale, tra gravità e definitività. — 5. (*Segue*): la fattispecie tendenzialmente tipizzata dei gravi illeciti professionali e le ulteriori, plurime e disomogenee ipotesi espulsive. — 6. I requisiti di ordine speciale.

1. La struttura bifasica della procedura di affidamento e i riflessi giurisdizionali

La procedura di affidamento di un contratto o di una concessione pubblica costituisce la prima fase dell'attività contrattuale della P.A.

Tale attività è strutturalmente bifasica: alla fase pubblicistica (che attiene alla selezione del miglior contraente) segue quella privatistica, relativa alla gestione del rapporto contrattuale ⁽¹⁾.

Gli stessi atti di avvio della gara rispondono a tale diversa finalità.

Il bando (così come il disciplinare e la lettera di invito) regola la fase pubblicistica di svolgimento della gara, indicando l'oggetto della prestazione richiesta dall'amministrazione e il valore a base d'asta ⁽²⁾, i potenziali concorrenti (ovvero i requisiti di partecipazione), le modalità di partecipazione (e di presentazione delle offerte), le modalità di celebrazione della gara, gli adempimenti in capo all'aggiudicatario.

⁽¹⁾ Tale struttura è definita nell'art. 12 del nuovo Codice laddove si rinvia alla legge sul procedimento per la prima delle suddette fasi e al codice civile per quella, a valle, privatistica.

⁽²⁾ Occorre differenziare il “*valore stimato dell'appalto*” (che è quello derivante dalla somma dell'importo netto a base di gara ed eventuali opzioni, rinnovi, premi e pagamenti) dal “*valore a base d'asta*” (che è quello di riferimento per la presentazione delle offerte economiche da parte dei concorrenti); sul punto, cfr. T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 20 maggio 2022, n. 1480.

Diversamente, il capitolato d'appalto costituisce un contratto "in embrione", riportando (secondo il tradizionale schema negoziale) i vincoli sinallagmatici (le obbligazioni a carico delle parti contraenti) ⁽³⁾.

Tali assunti risultano ora scolpiti nell'art. 82 del nuovo Codice che, oltre ad elencarli espressamente, sancisce un **criterio gerarchico** al fine di dirimere eventuali contrasti, assegnando al bando o all'avviso di gara una primazia rispetto alle disposizioni contenute nel disciplinare e nel capitolato.

A ribadire tale struttura dicotomica è l'art. 87 del codice, per il quale il disciplinare fissa le regole per lo svolgimento del procedimento di selezione delle offerte, mentre il capitolato definisce i contenuti del futuro rapporto negoziale tra l'aggiudicatario e la stazione appaltante.

Anche la giurisprudenza ha rimarcato tale struttura, in special modo in sede di valutazione e apprezzamento dei poteri esercitati (ed esercitabili) da parte della P.A. ⁽⁴⁾. In particolare, se nella vicenda pubblicistica l'amministrazione assume le vesti di "stazione appaltante" ed opera mediante atti e provvedimenti di matrice pubblicistica, una volta sorto il vincolo negoziale si è in presenza di "parti contraenti", il cui vincolo sinallagmatico si articola in atti di matrice privatistica.

Nella prima fase, cioè, l'amministrazione deve conformarsi alle regole procedurali che sottendono l'esercizio dei poteri pubblicistici, con l'osservanza (tra l'altro) dell'obbligo di motivazione nelle

⁽³⁾ Per l'art. 18, comma 1, ultimo periodo, del nuovo Codice il capitolato e il computo metrico estimativo fanno parte integrante del contratto.

⁽⁴⁾ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2023, n. 565, e 30 agosto 2022 n. 7573, T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 26 marzo 2020, n. 504, per le quali: "Anche se, nelle gare di appalti pubblici, il bando, il disciplinare di gara ed il capitolato speciale d'appalto hanno ciascuno una propria autonomia ed una propria peculiare funzione nell'economia della procedura — il primo fissando le regole della gara, il secondo disciplinando in particolare il procedimento di gara ed il terzo integrando eventualmente le disposizioni del bando — tutti insieme costituiscono la *lex specialis* della gara, in tal modo sottolineandosi il carattere vincolante che quelle disposizioni assumono non solo nei confronti dei concorrenti, ma anche dell'amministrazione appaltante, in attuazione dei principi costituzionali fissati dall'art. 97. Nel caso in cui sussistano eventuali contrasti interni tra le singole disposizioni della *lex specialis* tra i vari atti che la compongono (bando, il disciplinare di gara e il capitolato speciale d'appalto), sussiste nondimeno una **gerarchia differenziata** tra di essi, con prevalenza del contenuto del bando di gara, potendo le disposizioni del capitolato speciale soltanto integrare, ma non modificare, quelle del bando".

determinazioni e con il rispetto delle garanzie partecipative in caso di potere di riesame.

Nella distinta fase privatistica, gli istituti applicabili (salvo diversa disciplina recata dal codice) albergano nel codice di diritto comune ⁽⁵⁾.

La distinzione rileva anche sul piano processuale ⁽⁶⁾.

La cognizione degli atti della fase pubblicistica è rimessa al giudice amministrativo; una volta sorto il vincolo negoziale, le controversie sono devolute alla giurisdizione ordinaria ⁽⁷⁾; con l'unica variante che, nel caso di provvedimenti capaci di incidere sull'esito della procedura di gara, anche se temporalmente postumi alla sottoscrizione del contratto (si pensi all'esclusione dell'aggiudicataria che ha prodotto dichiarazioni la cui mendacità emerge solo dopo la conclusione della gara), gli stessi devono comunque rispettare il paradigma pubblicistico.

Sul medesimo crinale, può osservarsi che il concorrente può azionare i meccanismi di giustiziabilità dell'inerzia provvedimentale (ai sensi dell'art. 117 del d.lgs. n. 104/2010, recante il codice del processo

⁽⁵⁾ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14, in cui si sottolinea che: “La posizione dell'amministrazione nella fase del procedimento di affidamento di lavori pubblici aperta con la stipulazione del contratto è definita dall'insieme delle norme comuni, civilistiche, e di quelle speciali, individuate dal codice dei contratti pubblici, operando l'amministrazione, in forza di quest'ultime, in via non integralmente paritetica rispetto al contraente privato, fermo restando che le sue posizioni di specialità, essendo l'amministrazione comunque parte di un rapporto che rimane privatistico, restano limitate alle singole norme che le prevedono”. Principio confermato da Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2022, n. 171, e da T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 6 aprile 2020, n. 771 (relativamente alla rescissione di un accreditamento).

⁽⁶⁾ Come ribadito da Cass. civ., Sez. Un., ord. 3 maggio 2017, n. 10705: “Costituisce principio generale che, nelle procedure ad evidenza pubblica aventi ad oggetto l'affidamento di appalti pubblici, spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione di comportamenti ed atti assunti prima dell'aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula dei singoli contratti, mentre la giurisdizione spetta al giudice ordinario nella successiva fase contrattuale, concernente l'esecuzione del rapporto”.

⁽⁷⁾ Tra queste controversie vanno annoverate anche quelle aventi ad oggetto le modifiche del contratto (Cass. civ., Sez. Un., ord. 23 aprile 2020, n. 8099) e la risoluzione anticipata del contratto per l'inadempimento dell'appaltatore: anch'esse, infatti, attengono alla fase esecutiva, implicando la valutazione di un atto avente come effetto tipico lo scioglimento del contratto, quindi incidente sul diritto soggettivo dell'appaltatore alla prosecuzione del rapporto (Cass. civ., Sez. Un., ord. 10 gennaio 2019, n. 489).

amministrativo) e, quindi, ricorrere al Giudice amministrativo per ottenere la definizione di una procedura avviata e non conclusa; tale rito speciale non è, invece, azionabile nel caso di mancata pagamento del prezzo, restando esperibili gli ordinari rimedi per l'adempimento coattivo della prestazione a carico dell'amministrazione (*recte*: della parte) inadempiente.

Nel caso in cui tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto di appalto intervenga la c.d. **esecuzione anticipata**, l'instaurazione di un rapporto contrattuale prefigura, sia pure in termini di anticipazione rispetto alle ordinarie scansioni temporali e agli ordinari adempimenti formali, una fase propriamente esecutiva rimessa alla giurisdizione ordinaria, in quanto le relative vicende si strutturano in termini di adempimento delle obbligazioni contrattuali e di responsabilità conseguente al loro inadempimento (8).

Come osservato (9), in relazione alle vicende che trovino collocazione tra l'aggiudicazione (efficace) e la stipula del contratto possono distinguersi tre diverse eventualità:

a) ove l'Amministrazione rimuova degli atti di gara, la giurisdizione spetterà al giudice amministrativo (vantando il privato mere situazioni soggettive di interesse legittimo);

b) ove l'Amministrazione "receda" dal rapporto negoziale anticipatamente costituito, in presenza di inadempimenti che determinano un effetto risolutivo od anche in forza della facoltà di recesso, la giurisdizione spetterà al giudice del rapporto, cioè al giudice ordinario (essendo indifferente il dato formale della avvenuta stipula del contratto);

c) sussiste la giurisdizione amministrativa anche in riferimento alle determinazioni relative ad inadempimenti (non riferiti alle prestazioni negoziali, ma) relativi ad obblighi di allegazione documentale preordinati, in forza della *lex specialis* o del precetto normativo, alla verifica della correttezza della aggiudicazione (trattandosi, quindi, di **misura decadenziale**).

Termine estratto capitolo

(8) Per gli affidamenti di cui all'art. 101 del regolamento comunitario è prevista la

CAPITOLO 4

**STRUMENTI E MODELLI DI AMPLIAMENTO DELLA
PLATEA DEI CONCORRENTI**

SOMMARIO: 1. L'avvalimento (interno, plurimo, frazionato, di garanzia e operativo) e i meccanismi di sostituzione dell'ausiliaria. — 2. I consorzi stabili e il cumulo alla rinfusa. — 3. Raggruppamenti temporanei: riduzione e sostituzione. — 4. Il subappalto: ambito applicativo e limiti eccezionali.

1. L'avvalimento (interno, plurimo, frazionato, di garanzia e operativo) e i meccanismi di sostituzione dell'ausiliaria

Al fine di favorire l'incremento della platea dei concorrenti, facilitando il soddisfacimento dei requisiti di capacità (ancor più se rigorosi) richiesti dal regolamento di gara (soprattutto per imprese di minori dimensioni), la normativa comunitaria, prima, il legislatore nazionale, poi, hanno previsto (sin dalle precedenti codificazioni) l'istituto dell'avvalimento, grazie al quale l'operatore economico può soddisfare i requisiti di partecipazione mediante l'ausilio (il prestito), a suo favore e da parte di altro operatore (estraneo alla competizione e alla gara), di quanto richiesto, in termini di qualificazione, per partecipare alla selezione, indipendentemente dalla natura giuridica dei legami tra le parti (concorrente/ausiliato e operatore ausiliario).

L'ampia portata applicativa dell'istituto è stata ribadita dalla giurisprudenza europea che, tra l'altro, ha ritenuto non conforme l'art. 49 del Codice del 2006 (d.lgs. n. 163/2006), nella parte in cui non consentiva l'avvalimento plurimo ⁽¹⁾ (ovvero la possibilità di soddisfare il requisito richiesto mediante l'ausilio di più operatori).

In relazione, invece, al Codice del 2016 (d.lgs. n. 50/2016), la Corte euro-unitaria ha sanzionato la non conformità dell'art. 89, nella parte in

(1) Corte Giust. UE, 10 ottobre 2013, C-94/12.

cui non consentiva la sostituzione dell'ausiliaria in presenza di dichiarazioni mendaci ⁽²⁾.

Trattandosi di un istituto di matrice comunitaria e *pro* concorrenziale, anche il **nuovo Codice (art. 104 d.lgs. n. 36/2023)** ne ha previsto una disciplina di ampia portata applicativa, riscrivendone, in parte, la disciplina e recependo, al contempo, gli indirizzi ermeneutici anche più recenti.

Va premesso che il dibattito della pubblicistica, sulla sua natura e portata applicativa, è stato particolarmente ampio e travagliato.

In particolare, il riconoscimento della natura atipica ⁽³⁾ del contratto di avvalimento ha pregiudicato la relativa sussumibilità in uno dei modelli negoziali del nostro diritto "comune".

Nel riportare sinteticamente (e senza pretesa di esaustività) le questioni controverse prima di analizzare le peculiarità della nuova codificazione, può ritenersi consolidata la tesi dell'inapplicabilità del predetto istituto per soddisfare la mancanza dei c.d. requisiti morali (ad esempio, la regolarità contributiva e fiscale del concorrente) ⁽⁴⁾ e di quelli professionali (come l'iscrizione in Albi e registri) ⁽⁵⁾.

Tanto è confermato dalla definizione che si rinviene nel comma 1

⁽²⁾ Corte Giust. UE, sez. IX, 3 giugno 2021, C-210/20, per la quale: "L'articolo 63 della direttiva 2014/24, in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 4, lettera *b*), di tale direttiva e alla luce del principio di proporzionalità, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale in forza della quale l'amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un'impresa ausiliaria, sulle cui capacità esso intende fare affidamento, abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all'esistenza di condanne penali passate in giudicato, senza poter imporre o quantomeno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di sostituire detto soggetto".

⁽³⁾ Per Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2016, n. 242, il contratto di avvalimento ha carattere atipico.

⁽⁴⁾ L'ammissibilità dell'avvalimento va esclusa per le iscrizioni ad albi professionali, trattandosi di requisiti personali, spesso conseguenti a verifiche o prove d'esame, che non possono diventare oggetto di circolazione in favore di soggetti privi dell'abilitazione medesima (T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 26 marzo 2019, n. 482; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 2 luglio 2020, n. 2805, e 15 luglio 2020, n. 3137).

⁽⁵⁾ 5 maggio La giurisprudenza aveva già sostenuto che: "Deve escludersi la gratuità del contratto di avvalimento, essendo detto contratto a titolo oneroso; anche in mancanza di corrispettivo in favore dell'ausiliaria, dovrebbe pertanto chiaramente emergere dal testo contrattuale l'interesse, direttamente o indirettamente patrimoniale, che ha guidato l'ausiliario nell'assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal

dell'art. 104 del nuovo Codice laddove si fa riferimento all'obbligo in capo all'ausiliaria di mettere a disposizione del concorrente dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto (senza, quindi, alcun riferimento ai requisiti generali e all'idoneità professionale).

Si precisa che il contratto è normalmente oneroso ⁽⁶⁾, salvo che sussista un interesse anche dell'impresa ausiliaria (si pensi al caso in cui le due imprese siano parte di un medesimo consorzio o concorrano alla gara quali componenti dello stesso raggruppamento).

Pacifico era (ed è) l'assunto secondo cui l'impresa ausiliaria (pur non assumendo la veste di una concorrente) doveva (e deve) possedere i requisiti morali e professionali, imponendosi l'esibizione dell'apposita autocertificazione a corredo della domanda di partecipazione a gara ⁽⁷⁾.

Tanto anche in ragione della responsabilità solidale di entrambe nei confronti della stazione appaltante.

In proposito, il comma 4 dell'art. 104 del nuovo Codice pone in capo all'ausiliaria l'obbligo di dichiarare il possesso dei requisiti di ordine generale, di professionalità e di capacità.

Si conferma l'obbligo dell'esibizione in originale o in copia autentica del contratto di avalimento nel quale deve essere specificato se il prestito attiene ad un requisito di partecipazione oppure (questa è una significativa novità anche rispetto al prevalente orientamento giurisprudenziale) per una migliore valutazione dell'offerta (c.d. **avalimento premiale**).

Non si ribadisce l'inibizione per l'avalimento a cascata ⁽⁸⁾ mentre si conferma l'avalimento plurimo ⁽⁹⁾.

contratto di avalimento e le relative responsabilità" (Cons. Stato, sez. V, 13 aprile 2022, n. 2784).

⁽⁶⁾ Cfr., *ex multis*, T.A.R. Lombardia, Milano sez. IV, 10 marzo 2016, n. 491, Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2015, n. 2191, e sez. VI, 15 maggio 2015, n. 2486.

⁽⁷⁾ Il nuovo Codice precisa *ex professo* che il contratto è, in ogni caso, eseguito dal concorrente/ausiliato, al quale è rilasciato il certificato di esecuzione, salva l'ipotesi del prestito di autorizzazioni o di altro titolo abilitativo, titoli di studi e professionali necessari all'esecuzione della prestazione.

⁽⁸⁾ Tale divieto è stato oggetto di espressa contestazione da parte della Commissione europea, nell'ambito della procedura di infrazione avviata con nota del 24 gennaio 2019.

⁽⁹⁾ Nell'*incipit* dell'articolo si legge "... una o più imprese ausiliarie si obbligano ...".

Il contratto è concluso in forma scritta ⁽¹⁰⁾ a pena di nullità con specifica indicazione delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico.

Invero, il contenuto del contratto di avvalimento è stato motivo di copiosa letteratura.

Al riguardo, si è ritenuto inammissibile un contratto con condizioni risolutive ⁽¹¹⁾, posto che in tal caso veniva svilito il vincolo solidale dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante.

Ma la questione che ha alimentato un contenzioso vastissimo è stata quella concernente il contenuto del contratto, visto che la necessità di un "prestito" determinato o determinabile rendeva inammissibile un contratto dal contenuto generico ed indeterminato (del tipo: "*si presta al concorrente tutto ciò di cui ha bisogno*") ⁽¹²⁾.

L'impresa ausiliaria deve possedere i requisiti professionali ed economico-finanziari e in capo ad essa non devono sussistere motivi di esclusione; in caso di esito negativo dei predetti controlli le stazioni appaltanti impongono ⁽¹³⁾ la loro sostituzione ⁽¹⁴⁾.

Tale possibilità in passato non si riteneva ammissibile nel caso in cui l'impresa ausiliaria avesse prodotto dichiarazioni mendaci in ordine ai requisiti posseduti ⁽¹⁵⁾.

Come accennato, su tale aspetto si è pronunciata la Corte di giustizia europea ⁽¹⁶⁾ sancendo la non compatibilità con il TFUE della esclusione automatica del concorrente, senza il preventivo invito a sostituire l'ausiliaria.

⁽¹⁰⁾ Sulla forma scritta di tale contratto, Cons. Stato, sez. V, 21 maggio 2020, n. 3209.

⁽¹¹⁾ Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2015 n. 4860; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 27 gennaio 2016, n. 452; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 27 maggio 2016, n. 90.

⁽¹²⁾ *Cfr.* Cons. Stato, sez. V, 02 settembre 2016, n. 3792; *id.*, 30 marzo 2017, n. 1456, che ha ritenuto inapplicabile il soccorso istruttorio al contratto di avvalimento generico.

⁽¹³⁾ Il T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 8 febbraio 2019, n. 713, ha ritenuto illegittimo l'operato della PA che non ha consentito la sostituzione dell'ausiliaria (autrice di numerose impugnazioni).

CAPITOLO 5

**LA VERIFICA SOSTANZIALISTICA E TELEOLOGICA DEI
REQUISITI DI AMMISSIONE**

SOMMARIO: 1. Il ruolo del Responsabile Unico del Progetto (RUP). — 2. Il seggio di gara e la Commissione (composizione, compiti e incompatibilità). — 3. La verbalizzazione delle sedute e la celebrazione delle operazioni di gara. — 4. Il soccorso istruttorio e il Documento di Gara Unico Europeo (DGUE) — 5. La tassatività delle cause di esclusione.

1. Il ruolo del Responsabile Unico del Progetto (RUP)

La previsione del responsabile del procedimento costituisce una delle novità più significative della legge sul procedimento amministrativo (*id est*: l. n. 241/1990), capace di incidere nel rapporto tra cittadino-amministrato e Amministrazione procedente.

L'individuazione di un'interfaccia istituzionale, di un interlocutore al quale l'interessato possa rivolgersi nell'arco temporale in cui si articola un procedimento, consente di superare quel riserbo *ad excludendum* che connotava l'*agere publicum*.

In sintesi: la pubblica amministrazione si fa persona.

È questa, probabilmente, l'espressione che, seppur in modo suggestivo, meglio sintetizza il cambiamento. Il cittadino istante, invece di rincorrere nei meandri dell'apparato burocratico le varie fasi di definizione del procedimento di cui si è reso promotore o al quale ha preso parte, può interagire con un soggetto ben individuato (della cui nomina è stato formalmente notiziato), in tal modo concretizzando il principio del "contraddittorio procedimentale" cui è ispirata la riforma del procedimento.

Il *favor* normativo per la figura quivi divisata trasuda da plurime disposizioni.

In primo luogo, l'ampia latitudine di compiti assegnati al responsabile del procedimento ne corrobora ruolo e funzioni.

In secondo luogo, l'esplicitamento di funzioni, anche a rilevanza esterna, ne qualificano l'attività e gli atti emanati.

Infine, data l'imprescindibilità della sua individuazione, il legislatore ha dettato una "formula sostitutiva", in base alla quale, ove non sia individuato, l'organo di vertice dell'unità organizzativa competente sarà *ope legis* anche responsabile del procedimento.

In alcune discipline di settore, poi, a tale figura sono conferiti compiti di natura provvedimentale, ai quali sono riconnesse premialità retributive o incentivi.

È il caso della contrattualistica pubblica, in relazione alla quale la figura del Responsabile Unico del Procedimento (RUP) è stata contemplata già dalla prima normativa organica sui lavori pubblici e dal codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163/2006 (poi riproposta dall'art. 31 del d.lgs. n. 50/2016).

Il **nuovo Codice** (d.lgs. n. 36/2023) ne muta la denominazione.

Ora con l'acronimo **"RUP"** si deve far riferimento al **Responsabile Unico del Progetto**; trattasi di una definizione che, seppur meno rispondente alle competenze e al ruolo complessivamente svolto, ha il merito di evitare una semplicista equiparazione con la generale figura del responsabile del procedimento (generalmente privo di poteri decisori o provvedimentali).

Nel primo atto di avvio dell'intervento da realizzare, la stazione appaltante (generalmente nella persona del Responsabile dell'unità organizzativa competente) nomina, tra i propri dipendenti (anche a tempo determinato e preferibilmente tra quelli afferenti alla medesima unità organizzativa) un RUP, il cui ufficio è obbligatorio e non può essere rifiutato, competente per ogni singola procedura di affidamento di un appalto o di una concessione.

È prevista la possibilità di suddividere le funzioni individuando (un c.d. **"responsabile di fase"**) una figura specifica per la fase di affidamento e un'altra per le restanti fasi della programmazione, progettazione ed esecuzione, fermo restando il coordinamento ad opera del RUP; al contempo è prevista la possibilità di costituire una struttura di supporto al RUP, cui far fronte con le risorse finanziarie (nei limiti dell'1%) di cui al quadro economico della commessa.

Sempre sul piano “soggettivo” viene ribadita la possibile distinzione tra il RUP designato dalla stazione appaltante e quello designato dalle centrali di committenza o dalle aggregazioni delle stazioni appaltanti, competente a curare le fasi e le attività di loro spettanza (alla stregua delle convenzioni o degli accordi all’uopo sottoscritti con l’amministrazione precedente).

Il nominativo del RUP è indicato nel bando con cui si indice la gara, o (per le procedure prive di bando o avviso) nell’invito a presentare l’offerta, oppure nel provvedimento di affidamento diretto.

Per il conferimento di tale incarico sono richieste adeguate competenze professionali; in caso di affidamenti di servizi di architettura e ingegneria, deve essere un tecnico.

In assenza di tale figura professionale, nella dotazione organica della Stazione appaltante, le competenze sono svolte al Responsabile della relativa unità organizzativa ⁽¹⁾.

Il RUP svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti.

Sulla scorta di tale previsione si è riconosciuta la competenza del RUP ad adottare un provvedimento di esclusione dalla gara conseguente alla preliminare attività di valutazione della documentazione amministrativa attestante il possesso dei requisiti indicati dalla *lex specialis*; trattasi, quindi, di una competenza residuale, la quale comprende anche l’esclusione, non potendo tale compito essere assolto dalla Commissione chiamata a valutare le offerte ⁽²⁾.

A contrario, non è consentito al RUP ri-espletare attività valutative e discrezionali svolte dalla Commissione, ove nominata ⁽³⁾.

Le sue funzioni non possono essere assunte da chi versa nelle ipotesi di conflitto di interessi né da soggetti che sono stati condannati,

⁽¹⁾ Cfr. T.A.R. Marche, sez. I, 18 gennaio 2022, n. 46, sulla possibilità di sostituire il RUP.

⁽²⁾ È quanto statuito, tra l’altro, dal T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 24 febbraio 2022, n. 546; dal T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 22 aprile 2020, n. 603; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 30 luglio 2020, n. 1673; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 11 novembre 2019, n. 1740.

⁽³⁾ Cfr. T.A.R. Toscana, sez. I, 8 giugno 2016, n. 968.

con sentenza passata in giudicato, per uno dei reati previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del c.p. (4).

Egli si avvale, per l'espletamento delle proprie funzioni, del supporto dei dipendenti dell'amministrazione aggiudicatrice.

Le **attività del RUP** sono descritte, seppur non in modo tassativo, nell'**Allegato I.2 al nuovo Codice** (5).

Di particolare rilievo è il disposto di cui all'art. 3 dell'Allegato I.2, in base al quale alla P.A. è data la possibilità di istituire (anche previo accordo con altre amministrazioni) una struttura stabile a supporto dei RUP per "*... migliorare la qualità della progettazione e della programmazione complessiva*".

Tali funzioni, infatti, possono essere affidate solo ai soggetti dotati di specifica formazione professionale e che hanno maturato un'adeguata esperienza nello svolgimento di attività analoghe a quelle da realizzare in termini di natura, complessità e importo dell'intervento.

Più nel dettaglio, l'Allegato I.2. descrive in maniera analitica i titoli e le esperienze necessarie al fine di poter conferire l'incarico di RUP, commisurati all'importo e all'oggetto della gara (6).

Allo stesso modo, per i lavori e i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura, è necessario che il RUP sia un tecnico abilitato o, quando l'abilitazione non sia prevista dalle norme vigenti, un funzionario tecnico (anche di qualifica non dirigenziale).

Per i **contratti di servizi e forniture** si richiede un titolo di studio e un'esperienza professionale (attestata anche dall'anzianità di servizio) adeguati nel settore dei contratti *de quibus* (7).

In ordine all'assetto delle competenze, è prevista una ripartizione tra:

- a) quelle comuni a tutti i contratti e fasi,

(4) In conformità a quanto previsto dall'art. 35-bis del d.lgs. n. 165/2001.

(5) Applicabile sino all'entrata in vigore del corrispondente Regolamento ministeriale.

(6) Differenziandoli, per i lavori, in tre fasce (inferiore a 1 milione di euro, da 1 milione sino alla soglia di rilevanza europea di cui all'art. 14 del nuovo Codice e, infine, sopra soglia) per servizi e forniture (inferiore a 1 milione di euro, da 1 milione sino alla soglia di rilevanza europea di cui all'art. 14 del nuovo Codice e, infine, sopra soglia di rilevanza europea).

CAPITOLO 6

LA FASE DI AGGIUDICAZIONE E
I CONTROLLI

SOMMARIO: 1. I criteri di aggiudicazione: motivazione, punteggi, soglie e riparametrazione. — 2. Gli impegni e gli obblighi dichiarativi in sede di offerta (costi della manodopera e oneri di sicurezza), il principio dell'applicazione dei contratti collettivi, la clausola sociale, i CAM e il principio dell'invarianza della soglia. — 3. La verifica dell'anomalia e il principio dell'immodificabilità dell'offerta. — 4. Il provvedimento di aggiudica (e di non aggiudica) e il sistema dei controlli.

1. I criteri di aggiudicazione: motivazione, punteggi, soglie e riparametrazione

Definito il ventaglio dei concorrenti ammessi, si apre la fase di comparazione delle offerte, alla stregua del criterio individuato nella *lex specialis*, seppur nei limiti di quanto ora previsto dall'art. 108 del nuovo Codice (d.lgs. n. 36/2023).

Tale articolo ribadisce l'utilizzabilità di due criteri: quello (meccanico) del prezzo più basso e quello (preferenziale e connotato da discrezionalità tecnica) dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tuttavia, in senso conforme al precedente Codice (anche perché in ossequio alle direttive UE), la scelta di uno dei predetti criteri non è più rimessa ad una valutazione discrezionale ed insindacabile della stazione appaltante, ma viene predefinito, in termini di priorità, direttamente dal legislatore ⁽¹⁾.

Mentre il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è di generale applicazione (come si evince anche dall'*incipit* dell'articolo

⁽¹⁾ Ampia discrezionalità, invece, si rinviene per gli affidamenti sotto-soglia, eccetto l'ipotesi dei contratti ad alta intensità di manodopera (art. 50, comma 4, del nuovo Codice).

suindicato e dalla portata generale anche per gli affidamenti dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee), risulta residuale il criterio meccanico.

Quest'ultimo, infatti, può riguardare esclusivamente l'affidamento dei servizi e delle forniture con caratteristiche standardizzate ⁽²⁾ o le cui condizioni sono definite dal mercato ⁽³⁾, ovvero quei servizi o forniture che, anche con riferimento alla prassi produttiva sviluppatasi nel mercato di riferimento, non sono modificabili su richiesta della stazione appaltante oppure che rispondono a determinate norme nazionali, europee o internazionali. I servizi e le forniture "caratterizzati da elevata ripetitività", invece, soddisfano esigenze generiche e ricorrenti, connesse alla normale attività, richiedendo approvvigionamenti frequenti al fine di assicurare la continuità della prestazione.

La *ratio* che ispirerebbe tale previsione è quella di evitare alle stazioni appaltanti (e agli operatori economici) gli oneri, in termini di tempi e costi, di un confronto concorrenziale basato sul miglior rapporto qualità e prezzo, quando i benefici derivanti da tale confronto sono nulli o ridotti (in relazione all'importo del contratto) ⁽⁴⁾.

L'offerta economicamente più vantaggiosa deve sempre applicarsi per:

— i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica ⁽⁵⁾, nonché ai servizi ad alta intensità di

⁽²⁾ I servizi e le forniture "con caratteristiche standardizzate" evidenziano caratteristiche già definite dal produttore (con riferimento alla prassi produttiva) e non modificabili su richiesta della PA, ovvero rispondenti a determinate norme nazionali, europee o internazionali. Rientra in siffatta ipotesi (per Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2019, n. 1099) l'affidamento del servizio di riparazione, manutenzione e revisione degli automezzi della P.A.

⁽³⁾ I servizi e le forniture "le cui condizioni sono definite dal mercato" sono offerti sulla base di condizioni contrattuali definite dall'insieme dei produttori o dei prestatori in maniera omogenea, escludendo la possibilità di reperire condizioni diverse nel mercato di riferimento.

⁽⁴⁾ Per T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 8 marzo 2019, n. 231, questo si verifica quando la P.A. ha una lunga esperienza nell'acquisto di servizi o forniture per la ripetitività degli stessi.

⁽⁵⁾ Per la concessione del servizio di predisposizione e gestione di un punto ristoro-bar all'interno della sede di un Istituto scolastico deve essere applicato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-bis, 17 settembre 2019, n. 11054).

manodopera (come definiti all'art. 2 dell'Allegato I.1 al nuovo Codice) (6);

— i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo superiore a 140.000 euro (soglia corrispondente a quella del limite massimo per gli affidamenti diretti);

— i contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a 140.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo;

— gli affidamenti del dialogo competitivo, del partenariato per l'innovazione e dell'appalto integrato;

— i contratti relativi ai lavori caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o con carattere innovativo.

A ribadire l'eccezionalità del criterio "meccanico", si impone l'esternazione, in sede di determina a contrarre, della **motivazione** a supporto di tale scelta, risultando illegittima la *lex specialis* che prevede, quale criterio di aggiudicazione, quello del minor prezzo, richiamando *sic et simpliciter* la previsione normativa, senza un apparato motivazionale adeguato a supporto giustificativo della scelta (7).

La prevalenza del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è stata ribadita in sede giudiziaria, sanzionandosi la scelta del criterio del prezzo più basso per l'affidamento di un servizio ripetitivo ma, al contempo, ad alta intensità di manodopera (8).

Nel nuovo codice non viene riproposta la previsione di cui al comma 10-*bis* dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016, in cui si stabiliva un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30%, anche in ragione dei rilievi critici segnalati dall'Autorità garante della

(6) I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto. Sul punto, Cons. Giust. Amm. reg. sic., sez. giur., 13 dicembre 2019, n. 1058.

(7) T.A.R. Veneto, sez. I, 25 novembre 2019, n. 1277; Cons. Stato, sez. V, 21 maggio 2020, n. 3210.

(8) Cfr. Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014. Sul medesimo crinale si pone T.A.R. Basilicata, sez. I, 27 settembre 2017, n. 612. Tale indirizzo è stato poi condiviso anche dall'Adunanza plenaria del Cons Stato, 21 maggio 2019, n. 8, secondo cui gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera sono comunque aggiudicati con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, quand'anche gli stessi abbiano anche caratteristiche standardizzate.

concorrenza e del mercato in data 23 marzo 2021, con la conseguenza che viene rimessa alla stazione appaltante la pesatura di detti valori tenendo conto degli effettivi da essa perseguiti con l'affidamento della commessa e sull'assunto che non necessariamente una maggiore complessità della parte tecnica conduce ad un'offerta migliore.

Il limite massimo del 10% e del 30% vengono normativamente previsti, rispettivamente per l'approvvigionamento di beni e servizi informatici impiegati in un contesto di tutela degli interessi nazionali strategici e per i contratti ad alta intensità di manodopera, come sopra definiti.

Frutto di **discrezionalità** è l'individuazione dei criteri e dei sub-criteri di valutazione, seppur nei limiti della ragionevolezza e della congruità.

Su tale profilo secondo gli indirizzi della giurisprudenza comunitaria il rispetto dei principi di parità, di non discriminazione e di trasparenza impone che i criteri di aggiudicazione siano oggettivi, il che garantisce che il confronto e la valutazione delle offerte siano condotti in modo oggettivo, dunque in condizioni di effettiva concorrenza.

Ciò non si verificherebbe in caso di criteri che attribuissero all'amministrazione aggiudicatrice un'incondizionata libertà di scelta ⁽⁹⁾ o siano del tutto generici ⁽¹⁰⁾.

Gli stessi principi impongono all'amministrazione aggiudicatrice di garantire in ogni fase della procedura, sia il principio di parità di trattamento dei potenziali offerenti sia quello della trasparenza dei criteri di aggiudicazione, che devono essere formulati in modo da consentire a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di conoscerne la portata esatta e, dunque, di interpretarli nello stesso modo.

Il comma 4, nel premettere che i criteri di selezione devono essere predefiniti negli atti indittivi della gara (risultando illegittima una determinazione postuma), onde evitare improprie alterazioni della *par condicio*, e nell'evidenziare che i fattori di ponderazione e di apprezzamento devono essere pertinenti con la tipologia di contratto da affidare, non enuncia, come è invece previsto nel precedente codice, una serie di

Termine estratto capitolo

CAPITOLO 7

AUTOTUTELA, COMUNICAZIONI E ACCESSO

SOMMARIO: 1. Lo *stand still period* e l'esecuzione anticipata. — 2. Forme di giustizia domestica: l'autotutela. — 3. La disciplina dell'accesso (il modello tradizionale e primigenio). — 4. I modelli di accesso di ultima generazione (accesso civico e FOIA)

1 Lo *stand still period* e l'esecuzione anticipata

Divenuta efficace l'aggiudicazione (salvo l'autotutela) è possibile procedere alla stipula del contratto di appalto, nel successivo termine di sessanta giorni ⁽¹⁾, eccetto un diverso termine previsto nell'atto indittivo della gara (art. 18, comma 2 del nuovo Codice) e salva la possibilità di un differimento concordato con l'aggiudicatario, ove sussistenti ragioni di interesse pubblico e compatibilmente con quello generale alla sollecita esecuzione del contratto.

Alla stregua della prevalente interpretazione, il mancato rispetto del termine fissato per la stipulazione del contratto non inficia la già completata (con l'aggiudicazione) procedura di evidenza pubblica, che si colloca logicamente e cronologicamente in una fase antecedente.

In altri termini, sebbene la disposizione indichi il termine di sessanta giorni dal momento in cui diviene definitiva l'aggiudicazione per la stipula del contratto, tale termine non ha natura perentoria, né alla sua inosservanza può farsi risalire *ex se* un'ipotesi di responsabilità precontrattuale *ex lege* della pubblica amministrazione, se non in costanza di tutti gli elementi necessari per la sua configurabilità.

La natura ordinatoria del termine comporta che il suo decorso non

⁽¹⁾ Per gli affidamenti sotto soglia il termine è di 30 giorni (cfr. art. 55 del nuovo Codice).

impedisce la stipula del contratto, tantomeno lo stesso potrebbe ritenersi inficiato ove “tardivo” (2).

Le sole “conseguenze” che derivano in via diretta dall’inutile decorso del detto termine sono: la facoltà dell’aggiudicatario di farne constatare il silenzio inadempimento o, in alternativa, di sciogliersi da ogni vincolo mediante atto notificato. All’aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese, senza alcun diritto all’indennizzo o al risarcimento di presunti danni.

Eccessivamente pregiudizievole per il concorrente risulta la previsione del rimborso delle sole spese contrattuali, limitate a quelle sostenute in vista della stipula del contratto (ad esempio, quelle necessarie per l’emissione della cauzione definitiva), senza tener conto di quelle sostenute per la partecipazione a gara, in special modo qualora il ritardo sia imputabile alla stazione appaltante e sia privo di idonea e documentata giustificazione.

Invero, a differenza della pregressa codificazione, il nuovo codice riconosce al concorrente un’alternativa; premesso che il decorso del termine configura un’ipotesi di silenzio-inadempimento, l’aggiudicatario potrebbe azionare i previsti meccanismi giudiziari (come contemplati dal codice del processo amministrativo) per sanzionare l’inerzia e per richiedere la nomina di un commissario *ad acta* ovvero, in alternativa, sollecitare il potere sostitutivo interno alla stessa stazione appaltante. Per l’effetto, in presenza di tutti i presupposti contemplati dai rispettivi paradigmi, sarà possibile richiedere il dovuto ristoro per i danni ingiusti conseguenti al ritardo o l’indennizzo per il mero ritardo.

La stipula del contratto costituisce il *discrimen* tra la fase procedimentale autoritativa e la fase contrattuale da cui origina un rapporto di natura paritetica tra i contraenti, ricadendo nell’alveo della giurisdizione amministrativa le azioni a titolo di responsabilità precontrattuale proposte per condotte scorrette della P.A. nelle trattative.

Mutano, invero, i poteri esercitabili, così come risulta condizionato l’esercizio del potere di riesame (come meglio dedotto *infra*).

Il comma 8, dell’art. 17 disciplina la c.d. **esecuzione anticipata**, ovvero la possibilità di iniziare, nelle more della stipula del contratto, la

(2) Si veda Cons. Giust. Amm. reg. sic., sez. giurisdizionale, 16 marzo 2022, n. 306; Cons. Stato, sez. III, 26 marzo 2018, n. 1882.

prestazione negoziale (mediante l'inizio dei lavori, l'avvio del servizio o della fornitura) qualora sussistano ragioni di urgenza ⁽³⁾.

La nuova disciplina, a differenza della precedente codificazione, contempla due distinte ipotesi in cui è possibile l'esecuzione anticipata: una facoltativa, l'altra obbligatoria.

Quella facoltativa presuppone la sussistenza di ragioni di interesse pubblico che vadano esplicitate e documentate all'atto della relativa determinazione; ad esempio, evitare il rischio di restare senza gestore nel caso di cessazione del contratto qualora non sia possibile la proroga tecnica.

Ne consegue che il ricorso all'esecuzione anticipata impone uno specifico onere motivazionale, in sede di determina di aggiudicazione, onde comprovare l'effettiva sussistenza delle condizioni previste e prevenire comportamenti elusivi dello *stand still*. Diversamente, l'esecuzione anticipata risulta obbligatoria ove per eventi **oggettivamente** imprevedibili, sia necessario avviare a situazioni di pericolo per persone, animali e cose, ovvero per interessi sensibili e primari (quali, l'igiene e la salute pubblica oltre che la tutela del patrimonio storico, artistico e culturale), ovvero sia necessario evitare un grave danno all'interesse pubblico, come la perdita di un finanziamento comunitario.

Va osservato che, mentre l'art. 32, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 contemplava in capo alla ditta, in caso di esecuzione anticipata, il diritto al ristoro delle spese sostenute (ove il contratto non venisse poi stipulato), il nuovo Codice nulla prevede, se non per l'ipotesi di esecuzione anticipata afferente ai contratti sotto-soglia: art. 50, comma 6.

Ovviamente tale carenza normativa non può sterilizzare un diritto che, in ogni caso, sorge in capo all'aggiudicatario per la prestazione eseguita, ancor più ove la mancata stipula non sia riconducibile a comportamenti allo stesso imputabili.

Del resto, il riconoscimento dei soli costi (senza utile di impresa) appare fortemente limitativo, sia perché si sarebbe in presenza di un'immotivata lesione o addirittura di un provvedimento affittivo (in assenza di responsabilità e inadempienze imputabili al concorrente), sia

⁽³⁾ L'esecuzione anticipata contratto è sempre ammessa (dopo la verifica dei requisiti in capo all'aggiudicatario) per i contratti di importo inferiore alla soglia di rilevanza europea, secondo quanto previsto dall'art. 50, comma 6, del nuovo Codice.

perché l'accettazione dell'esecuzione anticipata da parte dell'aggiudicatario implica pur sempre la conclusione di un vero e proprio accordo di matrice negoziale, la cui esecuzione si identifica con quella del rapporto (sia pure anticipata rispetto alla stipula del contratto d'appalto) e il cui inadempimento attrae comunque la controversia nella giurisdizione del giudice ordinario, in ragione del fatto che le reciproche situazioni soggettive assumono la consistenza del diritto soggettivo (4).

La stipula del contratto, ordinariamente, non può avvenire prima del decorso di **trentacinque giorni** dall'**ultima comunicazione** del provvedimento di aggiudica (5), per evitare l'inizio della prestazione contrattuale prima dell'esaurirsi dei rimedi impugnatori (almeno innanzi al Giudice di primo grado).

In particolare, considerato che ai sensi del d.lgs. n. 104/2010 il termine di impugnazione degli atti di gara è dimidiato (30 giorni) e che non è ammesso il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, la previsione del periodo di sospensione è finalizzata ad addivenire alla stipula del contratto solo dopo che gli atti di gara abbiano superato il vaglio giudiziario ovvero siano rimasti inoppugnati.

Tra le **deroghe** ora previste dall'art. 18, comma 3, del nuovo Codice risulta innovativa quella afferente ai **contratti sotto-soglia** di rilevanza europea (6), in tal modo estendendo la previsione dell'abrogato art. 32, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016 (riferita alle sole ipotesi di affidamenti diretti (7)) e, di fatto, assorbendo quella ivi contemplata, relativa agli acquisti effettuati tramite mercato elettronico.

Restano confermate, invece, le ipotesi di deroga in caso di ammis-

(4) Sulla natura dei provvedimenti con i quali si contestano inadempienze in fase di esecuzione anticipata, cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. V, 24 novembre 2022, n. 15681. Sulla natura dei provvedimenti con i quali si contestano inadempienze in fase di esecuzione anticipata, cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. V, 24 novembre 2022, n. 15681.

(5) Gli obblighi di comunicazione da parte della stazione appaltante sono disciplinati dall'art. 90 del nuovo Codice; nella comunicazione deve indicarsi anche la data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto.

(6) Come contrattazioni di importo inferiore a quello previsto al comma 2 del nuovo Codice.