

Nota illustrativa

Premessa

A seguito dell'adozione del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), sono stati redatti i modelli di atti tipo, al fine di favorire la semplificazione delle procedure di affidamento di servizi e lavori, garantirne la legalità e promuovere l'efficienza attraverso condotte omogenee delle stazioni appaltanti. Il sistema di modellizzazione delineato costituisce per le stazioni appaltanti una utile guida alla compilazione e controllo degli atti, consentendo il maggior coinvolgimento degli Uffici Speciali per la Ricostruzione nella verifica preliminare della documentazione inerente alle procedure, agevolando la predisposizione degli atti relativi alle dette procedure secondo criteri di qualità, legalità, correttezza e trasparenza, nonché eventualmente velocizzando i controlli dell'Unità Operativa Speciale (UOS) dell'ANAC, a beneficio della celerità della ricostruzione.

In particolare, con il decreto n. n. 547 del 24 luglio 2023, il Commissario Straordinario ha approvato la seguente modulistica relativa ai servizi di ingegneria e architettura:

- Affidamento diretto ex art. 50, comma 1, lett. b), del D.lgs. 36/2023, dei servizi di ingegneria e architettura e attività di progettazione;
- Decisione a contrarre per l'affidamento dei servizi di ingegneria e progettazione mediante procedura negoziata telematica ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. e);
- Lettera d'invito per procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara ex art. 50, comma 1, lett. e) del D.lgs. n. 36/2023, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e attività di progettazione;
- Lettera d'invito per procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara ex art. 50,
- Schema di Disciplinare-tipo per le procedure aperte aventi ad oggetto l'affidamento di contratti pubblici di servizi di architettura e ingegneria di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea di cui all'art. 14 del D.lgs. n. 36/2023, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

Successivamente, con decreto commissariale n. 234 del 4 aprile 2024, sono stati approvati i seguenti schemi di modelli relativi agli appalti di lavori:

- Modello di capitolato speciale d'appalto - disposizioni normative;
- Modello di disciplinare di gara;
- Modello di bando di gara - procedura di gara europea aperta per l'affidamento dei lavori di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36;
- Modello di schema di contratto per l'affidamento dei lavori di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36;
- Modello di domanda di partecipazione e dichiarazioni integrative;
- Modello di dichiarazione sostitutiva di certificazione;
- Modello di autodichiarazione di assenza di conflitto di interessi e di cause di incompatibilità dei partecipanti alla procedura di gara e dei relativi titolari effettivi.

I predetti modelli - pubblicati sul sito web istituzionale all'indirizzo <https://sisma2016.gov.it/>, nella sezione: "Utilità" - sono stati condivisi con l'ANAC, ai sensi dell'art. 8, comma 4, dell'Accordo per l'esercizio dei compiti di alta sorveglianza del 21 luglio 2023.

In ragione delle rilevanti modifiche ed integrazioni apportate al Codice ad opera del d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209 (cd. decreto correttivo), si è ritenuto necessario, al fine di evitare soluzioni di continuità nelle gare finalizzate alla ricostruzione, procedere tempestivamente all'aggiornamento dei modelli tipo, a partire dai modelli relativi all'affidamento dei lavori. Sono stati, pertanto, predisposti e condivisi con l'ANAC i seguenti modelli:

- Modello di disciplinare di gara procedura di gara europea aperta per l'affidamento dei lavori con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- Modello di capitolato speciale d'appalto - disposizioni normative;

- Modello di decisione di contrarre per l'affidamento dei lavori mediante procedura negoziata;
- Modello di avviso di indagine di mercato per l'affidamento dei lavori con applicazione del prezzo più basso;
- Modello di procedura negoziata per l'affidamento dei lavori con applicazione del prezzo più basso;

Nel raccomandare l'inserimento nella documentazione di gara dei modelli, già predisposti, relativi all'assenza di conflitto di interessi e di cause di incompatibilità dei partecipanti alla procedura di gara e dei relativi titolari effettivi, si evidenzia che non sono stati aggiornati i modelli riguardanti la domanda di partecipazione, poiché, nella prassi applicativa, detti modelli sono distinti in funzione della specifica piattaforma digitale in uso alle stazioni appaltanti per l'espletamento delle procedure, ferma restando, comunque, la necessità di prevedere le dichiarazioni imposte dalla normativa che governa la ricostruzione pubblica.

La modulistica, anche su impulso dei soggetti attuatori e degli USR, potrà essere oggetto di revisione, alla luce della giurisprudenza che si formerà sulle nuove disposizioni codicistiche nei mesi a venire, oltre che di integrazione qualora se ne ravvisi la necessità. A tal riguardo, si evidenzia, in merito ai modelli relativi ai servizi di ingegneria ed architettura, che è in corso la relativa revisione, da definirsi in esito all'imminente aggiornamento del Bando tipo n. 1/2023 da parte di ANAC. In ordine alla valenza dei modelli, si raccomanda alle stazioni appaltanti di conformare gli atti di gara ai modelli tipo, rammentando che la prevista facoltà di discostarsene deve essere adeguatamente motivata, già in sede di trasmissione degli atti di gara agli USR, i quali verificano tale aspetto in vista della successiva trasmissione all'ANAC.

1. Indicazioni generali

Per tutti i modelli predisposti valgono le seguenti note redazionali:

A. SPAZI LASCIATI LIBERI

Gli spazi lasciati liberi devono essere compilati dalla stazione appaltante in base alle caratteristiche specifiche dell'appalto. In tali parti, talvolta evidenziate tra parentesi quadre, sono contenuti esempi o è fornita una descrizione di come potrebbe essere riempito il relativo spazio da parte delle stazioni appaltanti.

B. IPOTESI ALTERNATIVE

Le clausole alternative sono segnalate dalle espressioni: [o in alternativa] o [oppure]. La stazione appaltante sceglie la clausola che ritiene più opportuna.

C. PARTI EVENTUALI E FACOLTATIVE

Le clausole eventuali e facoltative sono precedute da espressioni quali [Facoltativo], [Se richiesto...], [In caso di ...] etc. La stazione appaltante sceglie se inserire o meno la clausola.

D. INDICAZIONI OPERATIVE

In appositi riquadri contrassegnati dall'annotazione N.B. sono fornite indicazioni operative, con particolare riguardo alle modifiche apportate al Codice dal decreto correttivo, utili alla stazione appaltante per la stesura dei propri atti oppure indicazioni delle disposizioni applicabili ai sensi del Codice stesso. Tali riquadri andranno omessi nella documentazione redatta dalla stazione appaltante.

2. Punti di attenzione

Fermo restando il rinvio alla sintesi delle disposizioni codicistiche modificate dal decreto correttivo inserite nei modelli tipo, si reputa opportuno sottolineare alcuni aspetti, di particolare rilievo e criticità, emersi anche in sede di vigilanza preventiva da parte dell'ANAC.

2.1. Atti da trasmettere ad ANAC

Nei modelli tipo, su specifica indicazione dell'ANAC, è stato puntualizzato che anche i **verbali di gara** devono essere trasmessi alla medesima Autorità per consentire le prescritte verifiche di legittimità preventiva. Tale specificazione è effettuata ai sensi dell'art. 3, punto 2.5 del vigente Accordo di alta sorveglianza che contempla l'invio di "ogni altra informazione o documento richiesto per l'espletamento delle attività". Si raccomanda, pertanto, di procedere all'invio dei

verbali di gara nei termini prescritti.

2.2. Copertura economico – finanziaria dell'intervento e disposizioni derogatorie

Si sottolinea che gli atti prodromici all'indizione delle procedure e, in particolare, la decisione di contrarre devono chiaramente indicare i riferimenti al decreto di concessione del contributo ed alle eventuali altre eventuali fonti di finanziamento a totale copertura dell'intervento, anche in caso di appalto integrato, nonché, nei casi previsti, il visto di copertura finanziaria ex art. 183 del d.lgs. n. 267/2000 da parte del Responsabile del Servizio finanziario.

Analogamente, occorre indicare chiaramente le eventuali disposizioni derogatorie alla disciplina del Codice applicabili con il riferimento alle specifiche ordinanze relative all'intervento.

2.3. Nomina del R.U.P.

Relativamente alla nomina del Responsabile Unico del Procedimento, in considerazione delle criticità riscontrate in sede di vigilanza preventiva, si evidenzia che l'individuazione del R.U.P. e la valutazione dell'assenza di conflitti di interesse e motivi ostativi allo svolgimento dell'incarico, come previsto dall'art. 16 del Codice, dall'art. 6-bis della legge n. 241/1990 e dall'art. 6, comma 2, del d.P.R. n. 62/2013, deve garantire un giudizio imparziale e indipendente, tenuto anche conto dell'obbligo di astensione previsto dall'art. 7 del medesimo d.P.R. n. 62. Occorre, pertanto, assicurarsi che il soggetto che valuta l'assenza di conflitto di interesse del RUP sia soggetto terzo diverso dal RUP medesimo.

2.4. Metodi e strumenti di gestione informativa digitale

Ai sensi dell'art. 43 del Codice, a decorrere dal 1° gennaio 2025, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni per la progettazione e la realizzazione di opere di nuova costruzione e per gli interventi su costruzioni esistenti per importo a base di gara superiore a 2 milioni di euro ovvero alla soglia dell'articolo 14, comma 1, lettera a) in caso di interventi su edifici di cui all'articolo 10, comma 1, del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42. La disposizione non si applica agli interventi di ordinaria e straordinaria manutenzione, a meno che essi non riguardino opere precedentemente eseguite con l'adozione dei suddetti metodi e strumenti di gestione informativa digitale. Ai sensi del comma 2, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono adottare metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni, eventualmente prevedendo nella documentazione di gara un punteggio premiale relativo alle modalità d'uso di tali metodi e strumenti. Tale facoltà è subordinata all'adozione delle misure stabilite nell'allegato I.9, di cui al comma 4.

A decorrere dal 1° gennaio 2025, dunque, la documentazione di gara dovrà essere integrata con riferimento all'utilizzo della metodologia BIM. Conseguentemente andranno integrati anche i capitoli del disciplinare relativi al contenuto dell'offerta tecnica con riferimento all'offerta di gestione informativa e ai relativi criteri di valutazione.

Per la **disciplina transitoria**, l'art. 225-bis, comma 2, introdotto dal decreto correttivo, dispone che "le disposizioni di cui all'articolo 43 sull'adozione dei metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni non si applicano ai procedimenti di programmazione superiori alle soglie di cui all'articolo 14 già avviati alla data di entrata in vigore della presente disposizione per i quali è stato redatto il documento di fattibilità delle alternative progettuali ai sensi dell'articolo 2, comma 5, dell'allegato I.7".

Inoltre, si rammenta che l'art. 2 dell'ordinanza del **Commissario Straordinario n. 214 del 23 dicembre 2024** ("Proroga del regime transitorio del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti di cui all'Ordinanza n. 145 del 28 giugno 2023 e disposizioni in materia di Building Information Modeling – BIM") prevede la sospensione dell'obbligo, previsto dall'articolo 43 del Codice e dall'articolo 48, comma 6, del decreto-legge n. 77 del 2021, per le stazioni appaltanti e gli enti concedenti di adottare metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni per la progettazione e la realizzazione di opere di nuova costruzione e per gli interventi su costruzioni esistenti **per un importo inferiore** alle soglie di rilevanza europea di cui all'articolo 14, comma 1, lettera a), e comma 2, lettera a), del medesimo decreto legislativo, sino al **30 giugno 2025**. Detta deroga è applicabile anche a seguito delle modifiche apportate dal decreto correttivo alla disciplina in questione.

Al riguardo, rilevano, in particolare, le modifiche apportate dal citato decreto all'Allegato I.7 al Codice, che, tra l'altro, definisce il contenuto minimo del quadro delle necessità e del documento di indirizzo della progettazione che le stazioni

appaltanti e gli enti concedenti devono predisporre: qualora vengano impiegati metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni, il documento di indirizzo della progettazione debba, altresì, contenere il capitolato informativo. Per l'attuazione delle disposizioni, trova applicazione l'allegato I.9, come novellato. Le stazioni appaltanti, prima di integrare nei propri processi i metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni, consentendone l'adozione nei singoli procedimenti, indipendentemente dalla fase progettuale e dal relativo importo dei lavori, provvedono necessariamente a: a) definire ed attuare un piano di formazione specifica del personale, secondo i diversi ruoli ricoperti, con particolare riferimento ai metodi e agli strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni, anche per assicurare che il personale preposto alla gestione finanziaria ed alle attività amministrative e tecniche consegua adeguata formazione e requisiti di professionalità ed esperienza in riferimento altresì ai profili di responsabilità relativi alla gestione informativa digitale; b) definire e attuare un piano di acquisizione, gestione e manutenzione degli strumenti hardware e software di gestione informativa digitale dei processi decisionali; c) redigere e adottare un atto di organizzazione per la formale e analitica esplicitazione dei ruoli, delle responsabilità, dei processi decisionali e gestionali, dei flussi informativi, degli standard e dei requisiti, volto a ottimizzare il sistema organizzativo ai fini dell'adozione dei metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni per tutte le fasi, dalla programmazione all'esecuzione, dei contratti pubblici oltre che per la gestione del ciclo di vita delle opere immobiliari ed infrastrutturali. Tale atto di organizzazione è integrato con gli eventuali sistemi di gestione e di qualità della stazione appaltante o dell'ente concedente. Le stazioni appaltanti nominano un gestore dell'ambiente di condivisione dei dati e almeno un gestore dei processi digitali e, per ogni intervento, un coordinatore dei flussi informativi all'interno della struttura di supporto al responsabile unico di cui all'articolo 15 del Codice.

2.5. Clausole sociali

L'ordinanza commissariale n. 140/2023 prevede: *“Non si applicano alla ricostruzione pubblica le seguenti disposizioni del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77: - art. 47, fatta salva l'applicabilità facoltativa del quarto comma da parte delle stazioni appaltanti: “pari opportunità e inclusione lavorativa nei contratti pubblici nel PNRR e nel PNC”; 6 - art. 47-bis: “composizione degli organismi pubblici istituiti dal presente decreto”; - art. 53: “semplificazione degli acquisti di beni e servizi informatici strumentali alla realizzazione del PNRR e in materia di procedure di e-procurement e acquisto di beni e servizi informatici”; - art. 55: “misure di semplificazione in materia di istruzione”; - art. 55-bis: “regime transitorio di accesso alla professione di perito industriale”; - art. 56: “disposizioni in materia di semplificazione per l'attuazione dei programmi del Ministero della salute ricompresi nel Piano nazionale di ripresa e resilienza”; - art. 56-bis: “iniziative di elevata utilità sociale nel campo dell'edilizia sanitaria valutabili dall'INAIL”; - art. 56-ter: “misure di semplificazione in materia di agricoltura e pesca”; - art. 56-quater: “modifiche al codice della proprietà industriale, di cui al decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30”. Detta Ordinanza n. 140/2023 non deroga, espressamente, alle analoghe previsioni di cui al combinato disposto dell'art. 57 del Codice e dell'Allegato II.3. Nelle more dell'adozione di un'eventuale Ordinanza commissariale ad hoc, si è ritenuto di richiedere agli operatori economici le dichiarazioni e gli impegni previsti dagli artt. 57 e 102 del Codice e dall'Allegato II.3.*

Al riguardo, si rammenta che l'art. 57, co. 1, come novellato dal decreto correttivo, prevede che *“per gli affidamenti dei contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti **inseriscono nei bandi di gara, negli avvisi e inviti, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali** con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate tra l'altro a: a) garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate, la stabilità occupazionale del personale impiegato, tenuto conto della tipologia di intervento, con particolare riferimento al settore dei beni culturali e del paesaggio; b) garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, in conformità con l'articolo 11”*. L'inserimento delle clausole sociali è previsto, dunque, quale **obbligatorio**, tenuto tuttavia **conto della tipologia di intervento**.

Correlatamente, il co. 1 dell'art. 102 prevede che nei bandi, negli avvisi e negli inviti le stazioni appaltanti, tenuto conto della prestazione oggetto del contratto, richiedono agli operatori economici di assumere i seguenti impegni:

- a) garantire la **stabilità occupazionale** del personale impiegato;
- b) garantire l'**applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore**, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire, anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di

applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare;

c) garantire **le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa** per le persone con disabilità o svantaggiate.

L'art. 102, laddove prevede che le stazioni appaltanti richiedano all'operatore economico l'assunzione degli impegni ivi previsti, deve essere letto in combinato disposto con l'art. 57 e, quindi, la richiesta **deve essere limitata ai casi individuati in tale disposizione**, con esclusione dei servizi avente natura intellettuale e delle forniture senza posa in opera, come confermato dall'ANAC nel **bando tipo n. 1 del 2023**. Sono state, altresì, escluse le forniture senza posa in opera *"in considerazione della difficoltà, individuare un Ccnl di riferimento e dell'applicazione, per i servizi aventi natura intellettuale, del principio dell'equo compenso, come previsto dalla legge n. 49 del 2023"* (relazione illustrativa).

Si rammenta, inoltre, che l'art. 108, co. 7, del Codice, come modificato dall'art. 6, co. 2-bis, d.l. 10 maggio 2023, n. 51 (convertito con modificazioni dalla l. 3 luglio 2023, n. 87) ed in attuazione dell'art. 57, al fine di promuovere la parità di genere, prevede che le stazioni appaltanti contemplino nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, *"il maggior punteggio da attribuire alle imprese per l'adozione di politiche tese al raggiungimento della parità di genere comprovata dal possesso della certificazione della parità di genere di cui all'articolo 46-bis del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198"*. Ai sensi del co. 2, l'operatore economico indica nell'offerta **le modalità** con le quali intende adempiere quegli impegni. La stazione appaltante verifica l'attendibilità degli impegni assunti con **qualsiasi adeguato mezzo**, anche con le modalità di cui all'articolo 110, solo nei confronti dell'offerta dell'aggiudicatario. Ai sensi dell'art. 61, co. 2, infine, le stazioni appaltanti devono inserire nei bandi di gara - quali requisiti necessari o come requisiti premiali dell'offerta - **meccanismi e strumenti idonei a realizzare le pari opportunità e l'inclusione lavorativa** dei soggetti svantaggiati.

Con specifico riguardo alla stabilità occupazionale, la giurisprudenza prevalente (ad esempio, Cons. St., sez. V, 25.01.2024 n. 807) ha chiarito che:

- le stazioni appaltanti sono tenute a contemperare l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto.
- la clausola sociale di assorbimento opera nell'ipotesi **di cessazione d'appalto e subentro** di imprese o società appaltatrici e risponde all'esigenza di assicurare la continuità dell'occupazione nel caso di discontinuità dell'affidatario.
- nel contesto costituzionale si richiede, al fine di legittimare il modello regolativo delle clausole sociali, l'armonizzazione e il bilanciamento dei diritti sociali con le libertà economiche, con la conseguenza che la clausola sociale ha una portata elastica, condizionata al giudizio di compatibilità delle scelte organizzative degli operatori economici, così da evitare il sacrificio totale delle esigenze (organizzative) imprenditoriali. Le esigenze di bilanciamento fra diritti costituzionalmente protetti impediscono quindi di attribuire alle prerogative dei lavoratori una valenza assoluta, dovendo essere contemperate con altre esigenze di tutela, pure costituzionalmente garantite. In tale prospettiva la clausola sociale, perseguendo la prioritaria finalità di garantire la continuità dell'occupazione in favore dei medesimi lavoratori già impiegati dall'impresa uscente nell'esecuzione dell'appalto, risulta costituzionalmente legittima, quale forma di tutela occupazionale ed espressione del diritto al lavoro (art. 35 Cost.), se si contempera con le prerogative di organizzazione imprenditoriale che costituiscono espressione di quella libertà di impresa pure tutelata dall'art. 41 Cost..

La giurisprudenza amministrativa, inoltre, ha precisato la valenza degli impegni assunti dall'operatore economico e le relative modalità ai sensi dell'art. 102. Con riguardo al primo aspetto, è stato osservato che *"i concorrenti non possono limitarsi a rendere le dichiarazioni di cui al comma 1, ma devono indicare nell'offerta le modalità, di cui al comma 2, con le quali intendono assumere quegli impegni, di cui la stazione appaltante deve verificare l'attendibilità"*. È stato, tuttavia, sottolineato che *"la dichiarazione di cui trattasi non sempre si rivela come necessaria; e sicuramente non lo è quando non sussistono i presupposti fattuali dell'obbligo dichiarativo"*, ad esempio qualora l'affidatario non subentri al precedente appaltatore, come spesso avviene **nei contratti di lavori**, *"non essendoci, in tale ipotesi, lavoratori da riassorbire, la*

dichiarazione di impegno sarebbe priva di oggetto, e quindi inutile; e pretendere una di segno negativo sarebbe un formalismo eccessivo, sproporzionato” (Cons. St., sez V, 3 gennaio 2025, n. 26).

Con riguardo alla dichiarazione di cui alla lett. b) dell'art. 102 del Codice, relativa al CCNL applicato al personale impiegato nell'appalto, è stata ritenuta **irragionevole** la pretesa della stazione appaltante di precisare le «specifiche modalità con cui si intende adempiere all'impegno», perché *“non si comprende quali potrebbero essere tali modalità specifiche, trattandosi essenzialmente di dare puntuale applicazione ai contratti, fermo restando il dovere dell'amministrazione appaltante di verificarne l'effettiva applicazione nel corso dell'esecuzione del contratto, e ancor prima in sede di verifica della congruità dell'offerta ai sensi dell'art. 110, comma 4, lett. a) del codice dei contratti pubblici, che – in continuità con quanto previsto dall'art. 95, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 – non ammette giustificazioni «in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge”*. Né tale richiesta può basarsi sul comma 2 dell'art. 102 (secondo cui, ai fini del comma 1, «l'operatore economico indica nell'offerta le modalità con le quali intende adempiere quegli impegni»), *“prescrizione che va calibrata, sul piano interpretativo, in relazione al possibile contenuto delle dichiarazioni da rendere”* (Cons. St., sez V, 3 gennaio 2025, n. 26)

Del pari, con riguardo alla dichiarazione di cui alla lettera c) dell'art. 102 (impegno a *“garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate”*), è stata ritenuta illegittima l'esclusione automatica disposta dalla stazione appaltante, senza attivazione del soccorso istruttorio, per omessa esplicitazione, da parte dell'operatore, delle relative modalità operative, in particolare a fronte del possesso di una specifica certificazione posseduta dall'o.e., posto che l'ottenimento della certificazione di sistema implica che nell'impresa certificata si attuano quelle procedure che garantiscono il rispetto delle condizioni ottimali dei lavoratori sotto diversi profili (Cons. St., sez. V, 3 gennaio 2025, n. 26).

2.6. Clausole di revisione dei prezzi

I modelli tipo sono stati adeguati alla nuova disciplina in tema di revisione dei prezzi.

In particolare, l'Allegato II.2-bis introdotto dal decreto correttivo reca una disciplina puntuale dell'applicazione delle clausole in questione in attuazione del novellato art. 60 del Codice. L'articolo 3 disciplina le modalità di attivazione delle clausole di revisione prezzi. In particolare, si prevede che le stazioni appaltanti monitorino l'andamento degli indici di cui all'articolo 60 del codice con la frequenza indicata nei documenti di gara iniziali, comunque non superiore a quella di aggiornamento degli indici revisionali applicati all'appalto, al fine di valutare se sussistono le condizioni per l'attivazione delle clausole di revisione prezzi. Ai sensi del comma 2, tali clausole sono attivate automaticamente dalla stazione appaltante, anche in assenza di istanza di parte, quando la variazione dell'indice sintetico, calcolato in coerenza con la Sezione II dell'Allegato per gli appalti di lavori, superiori, in aumento o diminuzione, la soglia del 3 per cento dell'importo del contratto quale risultante dal provvedimento di aggiudicazione. Il successivo comma 3 prevede che le clausole si applicano nella misura del 90 per cento del valore eccedente la variazione del 3 per cento per i lavori, applicata alle prestazioni da eseguire dopo l'attivazione della clausola di revisione. L'articolo 4 reca la disciplina per il calcolo dell'indice sintetico revisionale ai fini della determinazione della variazione del costo dei contratti di lavori. In particolare, l'indice sintetico, da individuarsi ad opera del progettista in sede di elaborazione del progetto a base di gara, è composto da una media ponderata di indici, selezionati tra quelli individuati con provvedimento adottato dal Ministero dell'infrastrutture e dei trasporti, sentito l'ISTAT, sulla base delle tipologie omogenee di lavorazioni di cui alla Tabella A, tenuto conto delle lavorazioni del progetto posto a base di gara. Si specifica, in generale, che il valore di riferimento per il calcolo dell'indice sintetico è quello dell'indice revisionale relativo al mese di scadenza del termine massimo per l'aggiudicazione. L'allegato stabilisce che l'importo dello stato di avanzamento dei lavori revisionale, in aumento o in diminuzione, è determinato applicando la metodologia di calcolo di cui alla Tabella B, prevedendo, all'art. 6, comma 5, che i documenti iniziali di gara possono prevedere per il calcolo degli stati di avanzamento dei lavori revisionali il ricorso all'alternativa metodologia di cui alla Tabella C. La stazione appaltante motiva nella determina a contrarre le ragioni del ricorso alla predetta metodologia alternativa, che non può essere modificata nel corso dell'esecuzione del contratto. In assenza di esplicita previsione nei documenti di gara iniziali, si applica la metodologia di cui alla Tabella B. In caso di sospensione o proroga dei termini di aggiudicazione ai sensi dell'Allegato I.3., il valore di riferimento per il calcolo dell'indice sintetico è quello dell'indice revisionale relativo al mese di scadenza del termine massimo per l'aggiudicazione, come individuato dal predetto Allegato.

Si evidenzia, tuttavia, che il Codice prevede una specifica **disciplina transitoria**. L'art. 16 dell'Allegato II (Disposizioni transitorie e finali) così dispone: "1. Le disposizioni di cui al presente Allegato si applicano: a) alle procedure di affidamento di contratti di lavori avviate a decorrere dalla data di pubblicazione del provvedimento di cui all'articolo 60, comma 4, primo periodo, del codice; (...) 2. Alle procedure di affidamento di contratti di lavori avviate fino alla data di cui al comma 1, lettera a), continuano ad applicarsi, in via transitoria, le disposizioni dell'articolo 60, comma 3, lettera a) e comma 4 del codice, nel testo vigente alla data del 1° luglio 2023". Pertanto, nella redazione degli atti, dovrà tenersi conto della citata disposizione transitoria.

2.7. Badge di cantiere

L'Ordinanza commissariale n. 216 del 27 dicembre 2024 reca la "Disciplina delle misure in favore del controllo, della sicurezza e dell'innovazione nei cantieri, ai sensi dell'art. 35 del decreto legge 17 ottobre 2016, n. 189, nei territori delle regioni Abruzzo, Lazio, Marche e Umbria colpiti dagli eventi sismici a far data dal 24 agosto 2016" e, in particolare, introduce disciplina il cd. badge di cantiere. Per la relativa applicazione, l'art. 6 dell'Ordinanza prevede che, entro sei mesi dall'entrata in vigore, le Casse Edili e la CNCE si adeguano alle disposizioni contenute nella stessa e garantiscono l'interoperabilità delle proprie piattaforme con la Sezione "Monitoraggio Cantieri" nella piattaforma GE.DI.SI.. terminate le attività prodromiche, il Commissario Straordinario approva con apposito decreto i documenti di compliance per il rispetto delle norme in materia di protezione dei dati personali. Per la ricostruzione pubblica e degli edifici di culto, le relative disposizioni si applicano ai cantieri il cui contratto di affidamento dei lavori è sottoscritto successivamente alla pubblicazione del citato decreto commissariale. Sono inoltre stabiliti termini di adeguamento progressivi in rapporto al valore complessivo dei lavori (art. 6, comma 4). I modelli tipo sono stati adeguati alle disposizioni così sintetizzate con l'avvertenza che le stesse saranno applicabili in funzione della disciplina applicativa descritta.

2.8. Qualificazione delle stazioni appaltanti

Il decreto correttivo ha modificato diversi aspetti della disciplina recata dagli art. 62, in tema di aggregazioni e centralizzazione delle committenze, e 63 in tema di qualificazione delle stazioni appaltanti.

Si rammenta in proposito che l'articolo 2 dell'Ordinanza commissariale n. 145 del 28 giugno 2023 (come modificato dall'articolo 1 dell'Ordinanza n. 162 del 20 dicembre 2023 e dall'articolo 1 dell'Ordinanza n. 196 del 28 giugno 2024) prevedeva: "*Nell'esercizio dei poteri di deroga previsti dalla legge, e allo scopo di evitare soluzioni di continuità o ritardi nell'avvio o nella prosecuzione degli interventi della ricostruzione pubblica alla luce del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, è disposto che fino alla data del **31 dicembre 2024**, in deroga agli articoli 62 e 63 del medesimo decreto legislativo n. 36/2023, ogni stazione appaltante o centrale di committenza può effettuare qualsiasi procedura di affidamento di lavori, servizi e forniture a prescindere dalla qualificazione eventualmente posseduta*". Ulteriori indicazioni sono state fornite con la successiva circolare del Commissario Straordinario del 4 agosto 2023, avente a oggetto "Circolare interpretativa in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti. Come chiarito dalla citata circolare, "*nell'ambito dell'attività di ricostruzione discendente dagli eventi sismici verificatisi a far data dal 24 agosto 2016, la deroga transitoria al sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti di cui all'articolo 2 dell'ordinanza n. 145 del 28 giugno 2023 deve interpretarsi nel senso che – per il periodo di validità della richiamata deroga – è consentito a qualsiasi stazione appaltante o centrale di committenza (ivi inclusi i Comuni non capoluogo di Provincia) effettuare qualsiasi procedura di affidamento di lavori, servizi e forniture a prescindere dalla qualificazione eventualmente posseduta e qualunque sia l'origine dei finanziamenti necessari alla realizzazione delle suddette commesse*". Da ultimo, atteso il perdurare delle particolari esigenze di continuità delle procedure riguardanti la ricostruzione, l'Ordinanza n. 214 del 23 dicembre 2024 recante "*Proroga del regime transitorio del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti di cui all'Ordinanza n. 145 del 28 giugno 2023 e disposizioni in materia di Building Information Modeling – BIM*" ha stabilito:

- nell'esercizio dei poteri di deroga previsti dalla legge, il regime transitorio del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti introdotto dall'articolo 2 dell'Ordinanza n. 145 del 28 giugno 2023, confermato dalle Ordinanze n. 162 del 20 dicembre 2023 e n. 196 del 28 giugno 2024 **è prorogato al 30 giugno 2025**. Per l'effetto, al richiamato articolo 2 dell'Ordinanza n. 145 del 2023, come modificato dalle Ordinanze n. 162 del 2023 e n. 196 del 2024, le parole "fino alla data del 31 dicembre 2024" sono sostituite dalle seguenti: "**fino alla data del 30 giugno 2025**";

- nelle more della piena operatività del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti di cui agli articoli 62 e 63 del decreto legislativo n. 36 del 2023, i soggetti attuatori di interventi pubblici e comunque le stazioni appaltanti del Cratere degli eventi sismici registrati a far data dal 24 agosto 2016, **sono tenuti a curare** – in favore dei propri dipendenti e collaboratori e in vista di una loro futura iscrizione nell'Elenco delle stazioni appaltanti qualificate – **l'organizzazione di corsi di formazione, aggiornamento e approfondimento delle tematiche** connesse alla disciplina dei contratti pubblici e al nuovo codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo n. 36 del 2023.

2.9. Qualificazione degli o.e. in seguito all'abrogazione dell'art. 12 del d.l. n. 47/2014

L'art. 226, comma 3-bis, del Codice, inserito dal decreto correttivo, ha abrogato l'articolo 12 del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 2014, n. 80 che, tra l'altro, prevedeva che l'affidatario, in possesso della qualificazione nella categoria di opere generali ovvero nella categoria di opere specializzate indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito come categoria prevalente potesse eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro, anche se non è in possesso delle relative qualificazioni.

Di conseguenza, secondo l'indirizzo maggioritario, tutte le categorie di opere scorporabili, sia generali che specializzate, devono considerarsi a qualificazione obbligatoria (si veda il parere del Supporto giuridico MIT n. 3255 del 30.01.2025), ovvero l'aggiudicatario, per eseguirle, deve essere in possesso della relativa qualificazione, oppure deve necessariamente ricorrere al subappalto. L'operatore economico può, dunque, partecipare anche senza avere la SOA per ciascuna delle categorie scorporabili ma in tal caso deve necessariamente ricorrere al subappalto ad altro operatore in possesso delle relative SOA, pena l'esclusione dalla gara. E' presente anche una tesi contraria secondo cui, in base al dettato normativo dell'articolo 30 e dell'articolo 2 comma 2 dell'Allegato II.12, nessuna categoria dovrebbe intendersi a qualificazione obbligatoria. Attesa la novità della questione, è opportuno dettagliare tale aspetto nella documentazione di gara.

2.10. Procedura negoziata

2.9.1 Criterio di aggiudicazione

I modelli sono stati redatti prevedendo che l'affidamento dei lavori avvenga con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso. Si precisa, tuttavia, che, ai sensi dell'art. 50, comma 4, del Codice, le stazioni appaltanti possono aggiudicare gli appalti di lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria anche sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Inoltre, qualora i lavori si caratterizzassero "da notevole contenuto tecnologico" o avessero un "carattere innovativo", la stazione appaltante, fatte salve specifiche ordinanze commissariali in deroga, non potrà aggiudicare secondo il criterio del prezzo più basso, ma dovrà obbligatoriamente utilizzare, ai sensi dell'art. 108 comma 2 lett. f) del Codice, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2.9.2 Modalità di scelta degli operatori economici da invitare

La decisione di contrarre e l'art. 10 dell'Avviso di indagine di mercato stabiliscono che, qualora dovessero pervenire manifestazioni di interesse in numero superiore a quelle previste ex lege (cinque in caso di lavori di importo pari o superiore a € 150.000 e inferiore a € 1.000.000, o ad almeno dieci in caso di lavori di importo pari o superiore a € 1.000.000 e fino alle soglie comunitarie, salve specifiche ordinanze commissariali in deroga), la stazione appaltante procederà a selezionare gli operatori economici da invitare sulla base di criteri oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza.

L'art. 50 del Codice e l'art. 2 comma 3 dell'Allegato II.1, in ordine alla selezione degli operatori da invitare, prevedono che gli stessi siano individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. Il comma 2 del citato art. 50 stabilisce che "gli elenchi e le indagini di mercato sono gestiti con le modalità previste nell'allegato II.1. Per la selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, le stazioni appaltanti non possono utilizzare il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate, nei casi in cui non risulti praticabile nessun altro metodo di selezione degli operatori. Le stazioni appaltanti pubblicano sul proprio sito istituzionale i nominativi degli operatori consultati nell'ambito delle procedure di cui al comma 1". L'art. 3, co. 4, dell'Allegato II.1, specifica che "il sorteggio o altri metodi di estrazione casuale dei nominativi sono consentiti solo in casi eccezionali in cui il ricorso ai criteri di cui al primo periodo è impossibile o comporta per la stazione appaltante oneri assolutamente

incompatibili con il celere svolgimento della procedura. I criteri di selezione degli operatori da invitare alla procedura negoziata sono indicati nella determina a contrarre o in altro atto equivalente”.

In merito, al fine di superare le criticità riscontrate in sede di vigilanza preventiva, si rammenta che l'ANAC si è pronunciata con il Comunicato del Presidente del 5.06.2024, affermando i criteri di selezione debbano essere:

- a) pertinenti rispetto all'oggetto dell'appalto;
- b) rispettosi del principio di concorrenza;
- c) oggettivi;
- d) non discriminatori;
- e) proporzionati;
- f) trasparenti.

Tali criteri, inoltre, non devono avere alcuna finalità od effetto escludente dei singoli candidati, ma essere utilizzati ai soli fini della redazione di una (o più) possibile graduatoria. Al riguardo, l'Autorità ha chiarito che i citati criteri non possono essere tali da condurre al “mancato inserimento dell'operatore economico in graduatoria e quindi alla perdita di ogni chance di essere invitati alla procedura selettiva”, essendo, al contrario, consentito alle stazioni appaltanti “chiedere l'indicazione di elementi (es. esplicitazione del fatturato globale posseduto; Importo complessivo dei lavori eseguiti regolarmente e con buon esito nell'ultimo triennio; ecc.), senza la prescrizione di una soglia minima, sulla cui base stilare una graduatoria ... a cui attingere, in ordine di posizione decrescente, per invitare gli operatori economici alla successiva procedura di affidamento” (ANAC Delibera n. 14 del 10 gennaio 2024).

Al fine di garantire l'accesso al mercato e la possibilità di crescita anche delle micro, piccole e medie imprese, inoltre, la stazione appaltante potrebbe non selezionare sempre e comunque i primi operatori economici posizionati in graduatoria ma - trattandosi di candidati comunque tutti in possesso dei necessari requisiti di partecipazione – fare in modo che la selezione stessa avvenga individuando i soggetti da invitare in parte tra i valori più alti, in parte, tra quelli intermedi ed in parte tra quelli più bassi, o ancora prevedere la formazione di diverse graduatorie per ciascun criterio prescelto, da cui selezionare gli operatori da invitare eventualmente con la stessa ponderazione suggerita sopra.

Con riguardo alle cd. clausole territoriali, si rammenta che l'art. 108, comma 7, del Codice contempla il principio di prossimità, stabilendo che “ai fini della tutela della libera concorrenza e della promozione del pluralismo degli operatori nel mercato, le procedure relative agli affidamenti di cui al Libro II, parte IV, possono prevedere, nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, criteri premiali atti a favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese nella valutazione dell'offerta e a promuovere, per le prestazioni dipendenti dal principio di prossimità per la loro efficiente gestione, l'affidamento ad operatori economici con sede operativa nell'ambito territoriale di riferimento. Le disposizioni di cui al terzo periodo si applicano compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità”.

Come chiarito dall'ANAC, alla luce della disposizione citata, “il principio concorrenziale sembra prevalere rispetto al principio di prossimità ambientale (di cui le clausole territoriali sono un portato). Sicché, ove nell'ambito dell'evidenza pubblica sia necessario integrare i due principi, la clausola territoriale appare declinabile quale criterio premiale da valorizzare nell'ambito dell'offerta tecnica e non quale requisito di partecipazione” (ANAC, delibera n. 1/2024).

Risulta, dunque, esclusa l'ammissibilità di criteri finalizzati a valorizzare l'elemento delle territorialità quale requisito di partecipazione alla selezione. La clausola territoriale potrà, invece, valorizzarsi quale criterio premiale nell'ambito della formazione della suddetta graduatoria, con l'avvertenza, tuttavia, che è da escludersi la possibilità di declinare la clausola in termini di disponibilità della sede “legale” e non anche della sede “operativa”. In tal caso, la decisione di contrarre dovrà motivare le ragioni che giustificano la scelta di tale criterio quale elemento migliorativo dell'offerta in relazione allo specifico ambito territoriale di riferimento.

Allo stesso modo non potranno ritenersi idonei dei criteri legati all'ordine cronologico di arrivo delle manifestazioni di interesse, poiché tale metodo equivarrebbe, di fatto, ad un'estrazione a sorte che, la vigente normativa, vieta salvo casi particolari (in senso conforme anche ANAC Parere n. 11 del 28.02.2024).

Con il citato Comunicato del Presidente del 5.06.2024, sono stati indicati, a titolo esemplificativo, i seguenti criteri di selezione in base alla diversa tipologia di appalto:

- A) Servizi di architettura e ingegneria

In relazione a questi servizi l'Autorità ritiene possa essere preso come punto di riferimento, l'Allegato L del d.P.R. n. 207/2010 (attualmente non più in vigore), il quale prevede la redazione di una graduatoria compilata, attribuendo ad ogni candidato un punteggio determinato in relazione ai seguenti elementi:

- fatturato globale per servizi di ingegneria e architettura riferibile agli ultimi cinque esercizi antecedenti la pubblicazione del bando;
- importo dei lavori svolti nel corso degli ultimi dieci anni ed appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare;
- numero medio annuo del personale tecnico dipendente (comprendente i soci attivi, i dipendenti, i consulenti su base annua iscritti ai relativi albi professionali, che firmino il progetto, ovvero firmino i rapporti di verifica del progetto, ovvero facciano parte dell'ufficio di direzione lavori e che abbiano fatturato nei confronti della società offerente una quota superiore al cinquanta per cento del proprio fatturato annuo, risultante dall'ultima dichiarazione IVA, e i collaboratori a progetto in caso di soggetti non esercenti arti e professioni) del candidato.

Il punteggio utile ai fini della graduatoria si otterrebbe sommando quelli calcolati mediante interpolazione lineare per ognuno dei suddetti elementi, con la possibilità di incrementare il punteggio complessivo - in misura percentuale - nel caso di presenza di uno o più giovani professionisti, e nel caso in cui almeno un componente del candidato possieda il certificato di qualità aziendale. In caso di parità di punteggio riportato a seguito dell'applicazione dei criteri sopra evidenziati, la posizione in graduatoria verrebbe stabilita, da ultimo, tramite sorteggio pubblico.

B) Lavori, servizi e forniture

La soluzione prevista nell'Allegato L di cui sopra, potrebbe essere applicata ed estesa – seppur con alcune modifiche - anche alle altre tipologie di affidamento.

Per i lavori, potrebbe eventualmente farsi riferimento a:

- importo "complessivo" dei lavori eseguiti regolarmente e con buon esito nell'ultimo triennio (o quinquennio) antecedente la pubblicazione dell'avviso e relativi alla Categoria Prevalente indicata dalla stazione appaltante, da dimostrarsi con i CEL;
- numero di personale dipendente al momento di presentazione della manifestazione di interesse;
- in caso di importo rilevante (ad es. superiore ad un 1.000.000 euro e fino alla soglia), potrebbe, altresì, valorizzarsi il possesso di determinate certificazioni (quali, ad es. il possesso dell'EMAS o UNI EN ISO 14001:2015 o altri sistemi di gestione ambientale conformi all'articolo 45 del Regolamento CE 1221/2009 e/o il possesso della Certificazione ISO 45001:2018 Sistema di Gestione della Salute e Sicurezza dei Lavoratori o il possesso di altre certificazioni specifiche in relazione alla tipologia dei lavori).

Per i servizi e le forniture potrebbe farsi riferimento a:

- fatturato globale riferibile all'ultimo triennio (o quinquennio) antecedente la pubblicazione dell'avviso;
- importo complessivo dei servizi analoghi regolarmente svolti nello stesso arco temporale;
- numero di personale dipendente al momento di presentazione della manifestazione di interesse partecipazione;
- possesso di specifica/he certificazione/i pertinente/i l'oggetto dell'affidamento.

Un ulteriore aspetto che potrà essere valorizzato è quello derivante dall'applicazione del principio di rotazione. L'art. 49, comma 5, del Codice stabilisce, per i contratti affidati con le procedure di cui all'articolo 50, comma 1, lettere c), d) ed e), che le stazioni appaltanti "non applicano il principio di rotazione quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata". Tuttavia, tale disposizione non implica che, nell'avviso di indagine di mercato, tale principio non possa essere applicato per limitare il numero degli operatori da invitare alla successiva procedura negoziata, prevedendo che, ove il numero di manifestazioni di interesse sia superiore a quello previsto per la procedura negoziata, potranno non essere invitati gli operatori o aggiudicatari di un appalto della medesima stazione appaltante avente ad oggetto le medesime categorie di opere e/o la medesima categoria di lavori prevalente.

In alternativa a quanto sopra, resta chiaramente ferma la possibilità di prevedere che l'invito non sia limitato ad un numero definito di concorrenti, ma sia esteso a tutti gli operatori economici in possesso dei requisiti che abbiano manifestato

interesse (c.d. procedura negoziata “aperta”). Occorrerà, pertanto, specificare negli atti che “*verranno invitati alla procedura di gara tutti gli operatori economici in possesso dei requisiti*”, espungendo la disciplina dei criteri per la relativa selezione.

Le indicazioni che precedono valgono, nei limiti di compatibilità, anche nel caso in cui la selezione avvenga tramite elenchi di operatori economici. Anche in questo caso, quindi, qualora nell’elenco utilizzato vi siano operatori economici in possesso dei requisiti necessari per eseguire l’appalto in numero superiore a quello minimo prescritto per la specifica procedura adottata, salvo che la SA non decida invitare tutti quelli presenti in elenco, nella decisione di contrarre vanno indicati i criteri di selezione scelti, da utilizzarsi non a fini escludenti, ma ai soli fini della formazione di una graduatoria da cui attingere per i successivi inviti.