

a cura di

Roberto GAROFOLI

Adele BERTI SUMAN

Pietro DE BERARDINIS

Valerio BELLO

Loretta PALAZZOLO

COMPENDIO dei
**CONTRATTI
PUBBLICI**

Con **Formule** del **processo** dei **contratti
pubblici**, scaricabili ed editabili *online*

II Edizione

2024



**Neldiritto
Editore**

del soggetto affidatario a una mera articolazione organizzativa dell'Amministrazione affidante.

■ 7.2.4.1.2. Gli oneri valutativi e motivazionali ribaditi dal nuovo Codice per l'affidamento in house di lavori, servizi e forniture.

Pur ribadendo il principio dell'autonomia organizzativa, il nuovo Codice -al pari del precedente- impone tuttavia oneri valutativi e motivazionali rafforzati alle stazioni appaltanti che intendano affidare *in house* lavori, servizi e prestazioni che siano disponibili sul mercato e che possano quindi essere in astratto acquisiti attivando i meccanismi concorrenziali.

In tal caso le stazioni appaltanti devono infatti:

- effettuare preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione;
- dare conto nella motivazione del provvedimento di affidamento dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego delle risorse pubbliche.

La formulazione normativa utilizzata dall'art. 7, co. 2, del nuovo Codice è solo *in parte simile* a quella recata dal previgente art. 192, co. 2, d.lgs. n. 50 del 2016.

Nel complesso il nuovo Codice alleggerisce la consistenza dell'onere motivazionale.

Viene meno, infatti, il dovere della stazione appaltante di dare atto, nella motivazione dell'affidamento *in house*, delle ragioni che hanno comportato l'esclusione del ricorso al mercato, sicché non è più prescritto che sia dimostrato il c.d. '*fallimento del mercato*'.

È invece necessario, anche con la disciplina del nuovo Codice, che nel provvedimento siano indicati gli specifici *vantaggi per la collettività* connessi all'opzione per l'affidamento *in house*, nonché *la congruità economica della prestazione*.

Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa (**Cons. Stato, sez. V, 26 gennaio 2024, n. 843**), intervenendo in vicenda *ratione temporis* assoggettata al citato art. 192 del codice previgente, ha sostenuto che *la motivazione sottesa all'opzione internalizzante può assumere carattere "unitario", siccome idonea a dare conto, ad un tempo, delle ragioni del mancato ricorso al mercato e dei benefici per la collettività attesi dal modello in house*". Ed infatti *"benefici per la collettività" attesi dall'organizzazione in house dello stesso e le "ragioni del mancato ricorso al mercato" (costituiscono) le due facce di una medesima realtà, di cui colgono, rispettivamente, gli elementi "positivi" (inclinanti la valutazione dell'Amministrazione verso l'opzione gestionale di tipo inter-organico) e quelli "negativi" (sub specie di indisponibilità di quei "benefici" attraverso il ricorso al mercato)*". Sul versante del sindacato del giudice amministrativo, è stato quindi sostenuto che lo stesso *"non potrà che svolgersi secondo le coordinate tipiche del potere discrezionale, rifuggendo quindi da una analisi di tipo atomistico e parcellizzato della decisione amministrativa portata alla sua cognizione, ma orientandolo verso una valutazione di complessiva logicità e ragionevolezza del provvedimento impugnato"*. In questa stessa direzione: *"la congruità dell'attività istruttoria posta in essere dall'Amministrazione deve essere valutata caso per caso, non potendo escludersi la possibilità (recte, legittimità) di un modus procedendi che non si*

traduca nell'effettuazione di specifiche indagini di mercato e/o di tipo comparativo, laddove sussistano plausibili, dimostrabili e motivate ragioni, insite nell'affidamento del servizio all'organismo in house, per ritenere che l'affidamento mediante gara non garantisca (non, quantomeno, nella stessa misura di quello diretto) il raggiungimento degli obiettivi prefissati".

Con particolare riguardo al parametro della *congruità economica*, **Cons. Stato, sez. V, 26 gennaio 2024, n. 843**, sia pure intervenendo con riferimento all'art. 192 del previgente codice dei contratti, ha di recente fornito chiarimenti utili in sede di interpretazione ed applicazione dell'art. 7, co. 2, del nuovo Codice del 2023, che conferma il riferimento a quello stesso parametro. Ad avviso del Consiglio di Stato, la congruità economica non impone un *risparmio in termini puramente finanziari* del modello *in house* rispetto al modello concorrenziale (che soltanto per i costi del personale risulterebbe sempre più conveniente, almeno in termini strettamente finanziari), ma va oltre, accordando pregio ad altri fattori più qualitativi quali i *benefici per la collettività* (misurabili non solo in termini monetari ma anche di positivo impatto sociale, sulla base dei metodi propri della analisi costi-benefici), nonché la *efficienza ed economicità del servizio* (laddove il termine "economicità" deve essere inteso in termini .. non meramente finanziario ma in termini aziendalistici, ossia come gestione che sinteticamente coniuga l'efficienza e l'efficacia del modello direzionale). In particolare, la congruità economica deve essere valutata sia in termini puramente interni all'organismo *in house* (congruità economica endogena), sia in termini esterni ossia nei rapporti tra quest'ultimo e l'ente controllante (congruità economica esogena).

■ 7.2.4.1.3. Il superamento dell'iscrizione nell'elenco ANAC.

In funzione di regolamentazione e di controllo sull'effettiva sussistenza dei requisiti legittimanti l'affidamento *in house*, il citato art. 192 prevedeva l'istituzione presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione di un apposito elenco delle stazioni appaltanti che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*. L'iscrizione in tale elenco, da effettuare secondo le modalità e i criteri definiti dall'ANAC, consentiva all'Amministrazione di procedere mediante affidamenti diretti dei contratti. Come chiarito dalla relazione illustrativa allo schema di nuovo Codice predisposto dal Consiglio di Stato, si è ritenuto di non riproporre il particolare procedimento di iscrizione nel registro ANAC, previsto dall'art. 192, d.lgs. n. 50 del 2016, per evitare una complicazione procedimentale reputata sproporzionata. Si legge nella Relazione, infatti, che *"sebbene l'iscrizione nel registro ANAC abbia formalmente una funzione dichiarativa, non vi è dubbio che, come chiarito dal Consiglio di Stato con il parere n. 282 del 2017, il procedimento nel suo complesso abbia comunque una natura "ibrida", presentando diversi ed evidenti profili di autoritatività. Ciò in quanto, il diniego di iscrizione eventualmente adottato dall'ANAC ha effetti costitutivi (nel citato parere viene espressamente qualificato come provvedimento amministrativo impugnabile innanzi al giudice amministrativo), il che, alla fine, equipara il meccanismo in esame ad una procedura di segnalazione, nel quale la domanda di iscrizione svolge funzioni analoga alla presentazione di una s.c.i.a. L'idea sottesa all'art. 192, d.lgs. n. 50 del 2016 è, quindi, quella che l'in house abbia comunque bisogno di un titolo abilitativo, la cui formazione è "controllata" dall'ANAC, e questo appare sproporzionato rispetto alle funzioni di vigilanza e alle esigenze di trasparenza degli affidamenti (queste ultime già assicurate dagli obblighi di pubblicazione)".*

5. L'interoperabilità delle banche dati come strumento di monitoraggio: la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, il Fascicolo virtuale dell'operatore economico, le Piattaforme di approvvigionamento digitale, l'Anagrafe degli operatori economici partecipanti agli appalti. Le Delibere Anac n. 582 e 601 di dicembre 2023.

In linea con il processo di digitalizzazione, per attuare gli obiettivi di efficientamento e trasparenza negli appalti pubblici, è necessario disporre di regole che standardizzino non solo il formato dei dati in ingresso e uscita dei sistemi di *e-procurement*, ma anche le interfacce e le procedure di interazione con tali sistemi e di interoperabilità con i sistemi e le banche dati dei diversi soggetti istituzionali coinvolti, tra cui, in particolare, ANAC per la banca dati dei contratti pubblici e delle stazioni appaltanti ed il fascicolo virtuale dell'operatore economico, nonché i sistemi utilizzati dai principali soggetti aggregatori (in particolare Consip) e le banche dati di interesse nazionale (cfr. art. 60 del CAD).

Attualmente ogni piattaforma pubblica di *e-procurement* può adottare un proprio formato, proprie interfacce, proprie regole tecniche e procedurali e ciò impone un onere sia alle imprese che alla PA e ostacola una partecipazione ampia e trasparente agli appalti pubblici.

I principi da adottare sono, dunque:

- **interoperabilità dei dati:** ogni sistema deve prevedere interfacce di comunicazione informatiche standard per consentire alle imprese l'interazione con i contenuti del sistema e per semplificare il passaggio dell'utenza da un sistema a un altro e generare un aumento di concorrenza sul mercato nonché per permettere un agevole colloquio con le banche dati di controllo, monitoraggio e vigilanza degli enti preposti;
- **standardizzazione:** i dati e le logiche di funzionamento devono essere quanto più possibile uniformi in modo da consentire il passaggio da una piattaforma ad un'altra a beneficio delle imprese e delle amministrazioni che utilizzano più sistemi di e-procurement.

Per questo motivo, anche l'interoperabilità fra le banche dati pubbliche è strettamente correlata allo sviluppo di un sistema efficiente di qualificazione delle stazioni appaltanti, non solo perché in questo modo si riesce a calcolare più rapidamente il livello di qualificazione di ciascuna stazione appaltante, ma anche perché così si facilita l'attività di monitoraggio e controllo circa la correttezza delle informazioni dichiarate (attività la cui importanza è stata sottolineata durante l'esame in Senato), che può essere attuato utilizzando e incrociando i dati non solo per trovare anomalie, ma anche laddove l'assenza di dati diventa motivo di attenzione e indagine.

In quest'ottica, è essenziale che anche gli organi di controllo e vigilanza operino in modo da sviluppare l'interoperabilità e l'interconnessione delle proprie banche e dei propri sistemi sia con i sistemi di *e-procurement* utilizzati dalle stazioni appaltanti

che con i sistemi e le banche dati di altri enti/istituzioni, al fine di semplificare e velocizzare i processi di controllo e monitoraggio, incrementandone al contempo l'efficacia.

Strumento fondamentale per garantire l'operatività dell'intera gestione del ciclo di vita digitale dei contratti pubblici è la piena attuazione e potenziamento della **Banca dati nazionale dei contratti pubblici** e del **fascicolo virtuale dell'operatore economico**, in cui confluiscono le informazioni e i documenti utili alla dimostrazione dei requisiti generali e speciali da utilizzare per la partecipazione alle procedure, già oggetto di disciplina in sede di P.N.R.R. e di D.L. n. 77/2021 che ne hanno affidato la realizzazione all'ANAC.

Nello specifico, la **Banca dati nazionale dei contratti pubblici**, di cui è titolare in via esclusiva l'ANAC, già prevista dall'art. 213 del d.lgs. n. 50/2016 e dall'articolo 62 bis del d.lgs. n. 82/2005, è volta a garantire «*l'efficacia, la trasparenza e il controllo in tempo reale dell'azione amministrativa per l'allocazione della spesa pubblica in lavori, servizi e forniture, anche al fine del rispetto della legalità e del corretto agire della pubblica amministrazione e prevenire fenomeni di corruzione*». Come specificato dalla Relazione, l'obiettivo è di realizzare un "Portale Unico per gli appalti", valorizzando il patrimonio infrastrutturale e di dati già in possesso dell'Autorità. La Banca dati nazionale dei contratti pubblici deve, inoltre, interoperare con le piattaforme digitali di *e-procurement* utilizzate dalle stazioni appaltanti per la digitalizzazione di tutte le fasi del ciclo di vita dei contratti pubblici.

La Banca dati nazionale dei contratti pubblici è attualmente suddivisa nelle seguenti quattro sezioni sulle quali insistono specifiche tipologie di servizi: a) l'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti, ivi compreso l'elenco dei soggetti aggregatori; b) il Casellario informatico; c) l'Anagrafe degli operatori economici; d) la Piattaforma degli appalti; e) il **Fascicolo virtuale dell'operatore economico**.

Quest'ultimo, in particolare, è stato definito con delibera ANAC n. 464/2022 del 27 luglio 2022 e rende disponibili alle stazioni appaltanti e agli enti aggiudicatori i servizi necessari per l'acquisizione dei documenti a comprova del possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per l'affidamento dei contratti pubblici, e permette agli operatori economici di inserire i documenti di competenza, creando un *repository* digitalizzato dei documenti utili per la partecipazione agli appalti pubblici. L'idea è quella di creare un vero e proprio "**green pass dell'operatore economico**", ovvero un fascicolo virtuale interamente digitalizzato, almeno per i requisiti generali, che possa essere utilizzato dalle S.A. le quali in questo modo possono acquisire, grazie anche alla disponibilità di servizi informatici di cooperazione applicativa con gli enti certificanti, la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario. In questo senso, il fascicolo virtuale, oltre ad asciugare e semplificare gli oneri delle S.A. in relazione alla fase di verifica dei requisiti soggettivi e oggettivi, potrebbe anche avere un virtuoso effetto deflattivo quanto alle controversie correlate ai requisiti soggettivi e oggettivi e alle esclusioni.

L'insieme dei servizi e dei sistemi informatici, interconnessi e interoperanti, utilizzati dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti per svolgere una o più attività nel

ciclo di vita dei contratti pubblici, e per assicurarne la piena digitalizzazione costituiscono le c.d. **piattaforme di approvvigionamento digitale (piattaforme di e-procurement)**. Ai sensi dell'articolo 25 del nuovo Codice, esse dovranno interoperare con i servizi della Piattaforma nazionale degli appalti e, attraverso questa, con la Banca dati nazionale dei contratti pubblici e dovranno assicurare la parità di accesso degli operatori e la partecipazione alla gara degli stessi, anche in caso di comprovato malfunzionamento, pur se temporaneo, delle piattaforme.

L'articolo 31 istituisce, poi, presso l'ANAC, l'**Anagrafe degli operatori economici** che, a qualunque titolo, sono coinvolti nei contratti pubblici. Trattasi di una anagrafe di nuova istituzione, che verrà alimentata grazie ai dati e alle informazioni acquisite tramite la banca dati nazionale dei contratti pubblici e ai servizi erogati mediante il fascicolo virtuale dell'operatore economico. I dati contenuti nell'Anagrafe degli operatori economici sono resi disponibili a tutti i soggetti operanti nell'ambito dell'ecosistema nazionale di e-procurement, attraverso le piattaforme digitali e per i trattamenti e le finalità legate alla gestione del ciclo di vita dei contratti pubblici.

Con **delibera n. 261 del 20 giugno 2023**, l'ANAC ha adottato il provvedimento previsto dall'art. 23, comma 5 del Codice, recante «*Individuazione delle informazioni che le stazioni appaltanti sono tenute a trasmettere alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici attraverso le piattaforme telematiche e i tempi entro i quali i titolari delle piattaforme e delle banche dati di cui agli articoli 22 e 23, comma 3, del codice garantiscono l'integrazione con i servizi abilitanti l'ecosistema di approvvigionamento digitale*»

I principi ed i requisiti di sicurezza ed interoperabilità delle Piattaforme di approvvigionamento digitale sono stati definiti e disciplinati nelle già citate Regole tecniche emanate da AGID con **determina n. 137/2023** e con **determina 218/2023**.

Con **Delibera n. 582 del 13 dicembre 2023** ANAC ha adottato il comunicato relativo avvio processo digitalizzazione, d'intesa con il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ai sensi di quanto previsto dall'articolo 225, commi 1 e 2 del Codice.

A far data dal **1° gennaio 2024** la disciplina concernente la digitalizzazione prevista dal nuovo Codice ha acquistato **piena efficacia**, ed è stata pertanto attivata da ANAC la **Piattaforma dei Contratti Pubblici (PCP)** interoperante con le piattaforme di approvvigionamento digitali utilizzate dalle stazioni appaltanti

Ai sensi di quanto previsto agli art. 25 e 26 del Codice, per tutti gli affidamenti, sopra e sotto soglia, devono essere utilizzate le piattaforme di approvvigionamento digitale certificate secondo quanto previsto dalle Regole tecniche emanate da AGID (provvedimento AGID n. 137/2023) e dal relativo Schema operativo pubblicato dalla stessa AGID in data 25/09/2023, e poi aggiornato in data 14/11/2023). Solo gli acquisti giornalieri di importo inferiore a 1.500 euro qualificabili come spese economiche sono effettuati senza obbligo di utilizzo di piattaforme.

Le amministrazioni che non abbiano disponibilità di piattaforme digitali, possono utilizzare, previo accordo tra amministrazioni, le **piattaforme certificate** rese disponibili da altre stazioni appaltanti o enti concedenti, da centrali di committenza o da soggetti aggregatori, da Regioni o Province Autonome.

Tutte le fasi (*programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione*) devono essere gestite mediante **piattaforme certificate**. Le piattaforme possono ottenere la certificazione per una o più fasi del ciclo di vita del contratto, e la stazione appaltante o l'ente concedente può utilizzare una o più piattaforme nell'ambito della **gestione del ciclo di vita del medesimo contratto** (dalla fase di programmazione fino alla fase di esecuzione).

Tali piattaforme devono essere utilizzate anche per:

- la redazione o acquisizione degli atti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione dei contratti;
- la trasmissione dei dati e documenti alla Banca Dati ANAC;
- l'accesso alla documentazione di gara;
- la presentazione del Documento di Gara Unico Europeo;
- la presentazione delle offerte;
- l'apertura, gestione e conservazione del fascicolo di gara;
- il controllo tecnico, contabile e amministrativo dei contratti in fase di esecuzione e la gestione delle garanzie.

Le piattaforme digitali di procurement certificate devono essere iscritte nell'**Elenco gestito e pubblicato da ANAC** sul proprio sito (come previsto all'art. 26, comma 3, del Codice), il quale riporta tutti i soggetti titolari di piattaforme, pubblici e privati, e i gestori di tali piattaforme.

Anche le piattaforme di Acquisti in rete, realizzate e gestite nell'ambito del Programma per la razionalizzazione degli acquisti nella P.A. realizzato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze tramite Consip, si sono adeguate alle regole tecniche emanate da AGID, adottando da gennaio 2024 nuove modalità di autenticazione al fine di garantire un accesso sicuro e affidabile ai servizi, con l'obiettivo di prevenire frodi, incrementare l'efficienza, semplificare la partecipazione delle imprese alle gare d'appalto pubbliche, favorire l'interoperabilità tra diverse piattaforme e servizi digitali offerti dalle PA

6. Pubblicità legale degli atti di gara e trasparenza dei contratti pubblici.

L'articolo 27 del nuovo Codice disciplina la **pubblicità legale degli atti di gara**, con l'obiettivo di uniformare gli adempimenti in modo da evitare appesantimenti e duplicazioni per le stazioni appaltanti, sfruttando i dati ed i servizi già previsti nella Banca dati dei contratti pubblici e nelle piattaforme digitali di cui all'articolo 25, anche al fine di assolvere a quanto previsto dalla normativa sulla trasparenza dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo n. 33 del 2013 e s.m.i. secondo i principi di trasparenza sanciti dagli articoli 20 e 28 del nuovo Codice.

La norma individua quindi nella già citata Banca dati nazionale dei contratti pubblici lo "strumento" per garantire la suddetta pubblicità e l'invio all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea

Una disposizione importante è il comma 3 dell'articolo 27 che fissa il momento di