

Novità in materia di appalti pubblici 5/2024

SOMMARIO: Il grave illecito professionale e la valutazione di inaffidabilità dell'operatore economico nel D. Lgs. 36/2023 - Applicazione del D. Lgs. 36/2023 agli affidamenti PNRR - Il divieto di eterointegrazione del bando di gara con la normativa sull'equo compenso - Sistema operativo per la profilazione dei responsabili di fase.

1. Il grave illecito professionale e la valutazione di inaffidabilità dell'operatore economico nel D. Lgs. 36/2023

Il TAR Sardegna fornisce alcuni chiarimenti in merito alla qualificazione delle notizie annotate nel casellario ANAC come grave illecito professionale ai sensi dell'art. 98, comma 3 del D. Lgs. 36/2023 e alla valutazione di inaffidabilità dell'operatore economico, alla luce del principio della fiducia sancito dall'art. 2, comma 2 del Codice.

[TAR Sardegna, Sez I, 11 marzo 2024 n. 204](#)

«[...] Le circostanze annotate nel Casellario Anac come "utili" hanno mera valenza di pubblicità notizia, in quanto idonee a portare a conoscenza delle Stazioni Appaltanti eventi riguardanti un determinato operatore economico, potenzialmente in grado di incidere sulla sua affidabilità ai fini della partecipazione a pubbliche gare.

In ordine agli eventi potenzialmente oggetto di iscrizione, l'Autorità è chiamata unicamente a valutare la congruenza della notizia rispetto alle finalità di tenuta del Casellario informatico, nonché l'utilità della stessa quale indice rivelatore di inaffidabilità dell'operatore economico attinto dall'annotazione, giammai potendo sostituirsi alle stazioni appaltanti nella valutazione circa la portata escludente, in concreto, dell'evento iscritto.

[...] Nell'ambito dell'elencazione tassativa di cui all'art. 98, comma 3 del Codice, si desume l'illecito professionale, ai sensi della lett. c), dalla "condotta dell'operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento (...)", costituendo adeguato mezzo di prova, nell'elenco di cui al comma 6, proprio "l'intervenuta risoluzione per inadempimento" (lett. c).

Premessa perciò, ai sensi della nuova disciplina e superando la previgente impostazione, la necessaria sussistenza di una delle fattispecie espressamente previste come tassative per configurare un grave illecito professionale, nonché la necessaria prova di esse con uno dei mezzi tassativamente indicati dal comma 6, non è invece mutata l'impostazione in ordine alla natura del potere dell'amministrazione di valutazione circa l'idoneità dell'illecito professionale ad incidere sull'affidabilità dell'operatore economico.

In continuità con gli approdi giurisprudenziali maturati nella vigenza del vecchio Codice dei contratti pubblici, l'esclusione conseguente alla valutazione di inaffidabilità dell'operatore, dovuta alla

commissione di gravi illeciti professionali, è una sanzione la cui operatività, lungi dall'essere rimessa a rigidi automatismi, è piuttosto legata alla valutazione discrezionale della stazione appaltante.

Sotto questo profilo, il Collegio ritiene di dover evidenziare altresì come la valutazione di inaffidabilità di un operatore economico si colori di particolare pregnanza nella vigenza del nuovo Codice dei Contratti.

Invero, sotto il profilo semantico, il concetto stesso di "affidabilità" si predica riguardo a qualcuno che sia meritevole di "fiducia", riflettendosi questo aspetto, perciò, sotto il profilo giuridico, nella lettura e interpretazione dell'art. 98 del Codice alla luce del generale Principio della fiducia, innovativamente introdotto all'art. 2 del D.lgs. n. 36/2023, con particolare riferimento al comma 2, ove si dispone che "il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato".

E dunque, in coerenza con la funzione interpretativa del principio in parola, sancita dall'art. 4 del Codice ("le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3"), non può che concludersi nel senso che esce rafforzata l'autonomia decisionale dell'ente in relazione all'esercizio del potere di esclusione dell'operatore economico per inaffidabilità, profilo questo che impinge proprio e direttamente nel rapporto di fiducia che deve necessariamente intercorrere tra stazione appaltante e appaltatore».

2. Applicazione del D. Lgs. 36/2023 agli affidamenti PNRR

Il TAR Campania, sede di Salerno, conferma che le norme del nuovo Codice dei contratti pubblici si applicano anche alle procedure di affidamento di contratti pubblici finanziati con fonti PNRR.

[TAR Campania, Salerno, Sez. I, 12 marzo 2024 n. 639](#)

«L'applicazione delle norme del nuovo codice dei contratti pubblici non è, poi, esclusa, dalla circostanza che la procedura di gara, oggetto del presente giudizio, è finanziata da fondi PNRR, in quanto, la normativa contenente "Disposizioni transitorie e di coordinamento" di cui all'articolo 225 del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), al comma 8, si limita a stabilire la perdurante vigenza delle sole norme speciali in materia di appalti PNRR (tra cui gli articoli 47 e ss. del d. l. n. 77 del 2021), ma non anche degli istituti del d.lgs. n. 50 del 2016 in esso richiamati e, quindi, tutte le altre norme del d.lgs. 50 del 2016, qualora non rientranti nell'apparato normativo "speciale" per le procedure ad evidenza pubblica finanziate in tutto in parte con le risorse previste dal PNRR, dal PNC o da programmi assimilati, vanno ritenute abrogate dalla data di acquisto di efficacia delle norme del d.lgs. 36 del 2023».

3. Il divieto di eterointegrazione del bando di gara con la normativa sull'equo compenso

L'Autorità Nazionale Anticorruzione chiarisce che la normativa sull'equo compenso non può determinare l'eterointegrazione del bando di gara per l'affidamento di servizi di ingegneria e architettura.

[Delibera ANAC, 28 febbraio 2024 n. 101](#)

«[...] L'evidenziata incertezza circa le modalità applicative della normativa sull'equo compenso nelle procedure di gara dirette all'affidamento di servizi di ingegneria e architettura [...] unitamente ai principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento e al principio dell'autovincolo impediscono che possa operare, nel caso di specie, l'eterointegrazione del bando di gara e che, per tale via, si commini a carico dei partecipanti una sanzione espulsiva per aver presentato un'offerta che, perfettamente aderente ai contenuti della *lex specialis*, risulti non conforme alla L. 49/2023.

[...] Secondo il prevalente indirizzo giurisprudenziale, di regola, le condizioni di partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici devono essere tutte indicate nel bando di gara, la cui eterointegrazione con obblighi imposti da norme di legge deve ritenersi ammessa in casi eccezionali, poiché l'enucleazione di cause di esclusione non conosciute o conoscibili dai concorrenti contrasta con i principi europei di certezza giuridica e di massima concorrenza; si è osservato, in particolare, che l'eterointegrazione del bando costituisce – in relazione alla sua attitudine ad incidere in maniera significativa sull'affidamento che la platea dei potenziali concorrenti deve poter nutrire sulla chiarezza, precisione ed univocità delle condizioni richieste per l'accesso alle procedure evidenziali, la cui formulazione incombe alla stazione appaltante – dispositivo del tutto eccezionale, suscettibile di operare solo in presenza di norme di settore a generale attitudine imperativa, la cui deroga sia in principio preclusa alle opzioni programmatiche della stessa amministrazione aggiudicatrice».

4. Sistema operativo per la profilazione dei responsabili di fase

Il Presidente ANAC informa che, con successivo provvedimento dell'Autorità, saranno indicate nuove modalità per consentire l'indicazione dei soggetti autorizzati a svolgere le funzioni di RUP e di responsabile di fase nell'ambito del profilo della stazione appaltante/ente concedente.

[Comunicato del Presidente ANAC del 6 marzo 2024](#)

«L'Autorità sta elaborando una soluzione operativa che consenta l'indicazione dei soggetti autorizzati a svolgere le funzioni di RUP e di responsabile di fase nell'ambito del profilo della stazione appaltante/ente concedente registrato sull'Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti (AUSA). In tal modo, i vari responsabili di progetto e di fase che risulteranno associati ad una determinata stazione appaltante potranno operare direttamente nei sistemi dell'Autorità, in relazione alle singole procedure di affidamento, per le fasi di rispettiva competenza.

Nelle more delle necessarie implementazioni dei sistemi informativi dell'Autorità e dei conseguenti adeguamenti da parte delle Piattaforme di approvvigionamento digitale, al fine di agevolare le attività di competenza delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti, si ritiene utile consentire l'accesso ai sistemi dell'Autorità da parte dei responsabili di fase a prescindere dalla preventiva indicazione ad opera del RUP.

A tal fine, in via transitoria e fino a nuove comunicazioni, i responsabili di fase dovranno registrarsi a sistema autonomamente, selezionando il profilo di RUP.»

Contatti

Torino Corso Vittorio Emanuele II, 68 10121 | T. +39 011 51121

Milano Via Bigli 2, 20121 | T. +39 02 303049

Roma Via Ludovisi, 35 00187 | T. +39 011 51121

info@pavesioassociati.it – www.pavesioassociati.it

Per maggiori informazioni:

AreaAmministrativo@pavesioassociati.it

Disclaimer

Il presente documento è redatto in termini generali, unicamente a fini divulgativi e di aggiornamento normativo.