



Infrastrutture Ferroviarie e Nodi Intermodali

Appalti Pubblici per le Infrastrutture di Mobilità

Dispensa del Corso

Dario Lo Bosco - Fabio Fonte
– Federica Suraci

**Corso di Infrastrutture Ferroviarie e
Nodi Intermodali**

Anno Accademico 2019 - 2020

Indice

1	Il contesto giuridico di riferimento ed il rapporto “ <i>infrastrutture-sviluppo economico</i> ” -----	3
2	Il ruolo strategico del Responsabile Unico del Procedimento -----	11
3	Il termine <i>dilatorio</i> tra aggiudicazione definitiva e stipula del contratto: la cd clausola di “ <i>stand still</i> ” -----	17
4	Riferimenti bibliografici -----	22

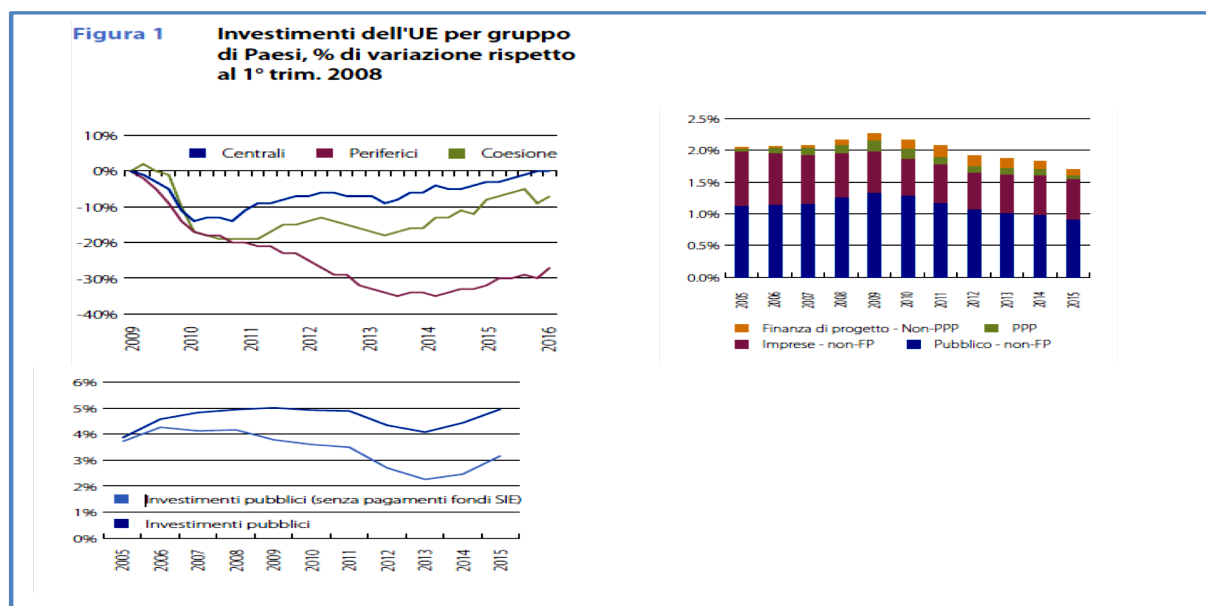
1. Il contesto giuridico di riferimento ed il rapporto “infrastrutture-sviluppo economico”.

Gli investimenti in infrastrutture di trasporto costituiscono un elemento acceleratore della crescita di un Paese, mentre - *a contrario* - mancati investimenti possono pesare sull'economia in termini di competitività e di *prodotto interno lordo* (PIL).

Nell'Unione europea gli appalti pubblici ammontano a oltre 2 mila miliardi di euro l'anno, circa il 14% del PIL. Secondo studi della stessa Commissione europea, un aumento del 10% della loro efficienza porterebbe un risparmio nei bilanci pubblici di 200 miliardi di euro l'anno, senza ridurre il livello dei servizi offerti ai cittadini europei.

A causa della crisi economica e finanziaria, gli investimenti nell'UE hanno registrato una grave contrazione: secondo i dati della BEI, la ripresa degli investimenti è lenta e la crescita degli investimenti nell'UE negli ultimi anni è stata pari al 3,1% annuo. Tale dato risulta di poco inferiore al tasso medio *pre-crisi* finanziaria del 3,4% e ben al di sotto dei tassi storici di crescita degli investimenti durante i periodi di ripresa. Permangono, inoltre, ampie differenze nell'andamento degli investimenti regionali e settoriali: alla metà del 2016 gli investimenti in paesi di riferimento come l'Austria, Belgio, Germania, Danimarca, Finlandia, Francia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Svezia e Regno Unito avevano raggiunto il livello *pre-crisi*. Nei Paesi della “coesione”, Bulgaria, Repubblica Ceca, Estonia, Croazia, Ungheria, Lituania, Lettonia, Malta, Polonia, Romania e Slovacchia erano ancora sotto del 9%, mentre in quelli periferici più colpiti dalla crisi, Cipro, Grecia, Spagna, Irlanda, Italia, Slovenia e Portogallo addirittura inferiori del 27% al livello *pre-crisi*.

In particolare, per quanto concerne gli investimenti pubblici, nei Paesi centrali e della coesione nel 2015 erano paragonabili ai livelli *pre-crisi*, mentre nei Paesi periferici ancora sotto del 42%: come dimostrano i grafici esplicativi sotto riportati (Fig. 1), nei Paesi della coesione gli investimenti pubblici sono stati il principale motore di crescita degli investimenti in seguito alla recessione, ma ciò è dipeso dai fondi strutturali e di investimento europei che hanno rappresentato circa i 2/5 degli investimenti pubblici, o quasi il 2% del PIL, negli ultimi anni. Inoltre, gli investimenti in infrastrutture sono diminuiti di circa un quarto, dal 2,3% all'1,7% del PIL dal 2009 e nel 2015 erano addirittura al di sotto dei livelli del 2005.



Vista la rilevanza del problema, l'individuazione dei *fattori* che determinano la maggiore o minore *attrattività* degli investimenti in infrastrutture di mobilità e delle eventuali carenze e ostacoli - normativi, industriali, finanziari, etc. - che ne influenzano la riuscita nel contesto di una nazione o dell'intera UE, può fornire spunti di riflessione e suggerimenti di *policy* in grado di contribuire allo sviluppo socio-economico.

Gli elementi che possono condizionare il *costo globale* dell'infrastruttura (generato dai diversi fattori "*endogeni*" ed "*esogeni*" rispetto all'opera pubblica) sono numerosi: oltre a quelli di natura tecnica (le componenti, le tecnologie, i materiali, gli interventi di mitigazione degli inquinamenti da traffico, etc.), sono da considerare quelli di natura normativa.

Le norme attuali vanno riviste per garantire certezza di procedure, tempi e limiti di costo (per mitigazioni e compensazioni) nella definizione dell'intesa, che coincide con l'approvazione del progetto definitivo relativo ad ogni singola opera.

In particolare, fra gli *elementi di criticità* si possono citare:

- la scelta della *localizzazione del tracciato* che può comportare un incremento significativo dei costi, senza apportare un reale beneficio in termini di inserimento ambientale dell'opera. Per questo motivo, il confronto con il territorio è attività da gestire in sede politico-amministrativa. Nel caso delle opere d'interesse strategico nazionale, lo strumento per la soluzione dei problemi di localizzazione, mitigazione e compensazione, non può che essere quello dell'intesa Stato-Regione, che affida allo Stato la soluzione dei problemi di concerto con le Amministrazioni statali, attive e di tutela, e alla Regione la soluzione dei problemi del concerto con gli enti locali;
- l'*impatto ambientale* ("*intrusione visiva*", inquinamenti acustico ed atmosferico, etc.) che può essere affrontato come un tema di costi da contenere entro misure certe, nel periodo di durata di *vita utile* dell'opera (dalla sua costruzione alla sua dismissione).
- le *gare d'appalto*, che generano frequentemente ribassi ingiustificati rispetto agli effettivi costi di costruzione, *riserve* contrattuali ed altri contenziosi che rimettono in discussione l'intero impianto economico del programma di investimenti pubblici;
- le *stazioni appaltanti*, che devono procedere sia alle relative *analisi di anomalia*, escludendo le offerte che ne siano viziate, sia governare i processi amministrativi per garantire l'inizio lavori senza stravolgere il *cronoprogramma di progetto* che ha generato l'appalto.

Inoltre, come in ambito UE e nazionale il Legislatore ha ultimamente fatto, occorre separare con *disposizioni primarie* più chiare il ruolo di chi decide la spesa, di chi esegue l'affidamento e di chi controlla i risultati.

Infatti, la mancata definizione dell'*architettura delle responsabilità* tra *origine del fabbisogno* (i cosiddetti *centri di spesa*), *stazioni appaltanti* e *centrali di committenza* rischia di condizionare negativamente efficienza ed efficacia del sistema degli appalti pubblici.

L'obiettivo della *aggregazione* (che in Italia rappresenta una delle linee più promettenti del *nuovo codice* del 2016) viene perseguito separando le responsabilità, aggregando i *centri di costo* in base a tipologia, caratteristiche, territorialità: in tal modo si individuano *unità omogenee* in relazione agli obiettivi di mandato, lasciando l'espletamento della procedura a centri specializzati, non condizionati dalle problematiche amministrative e politiche dei *centri di spesa*.

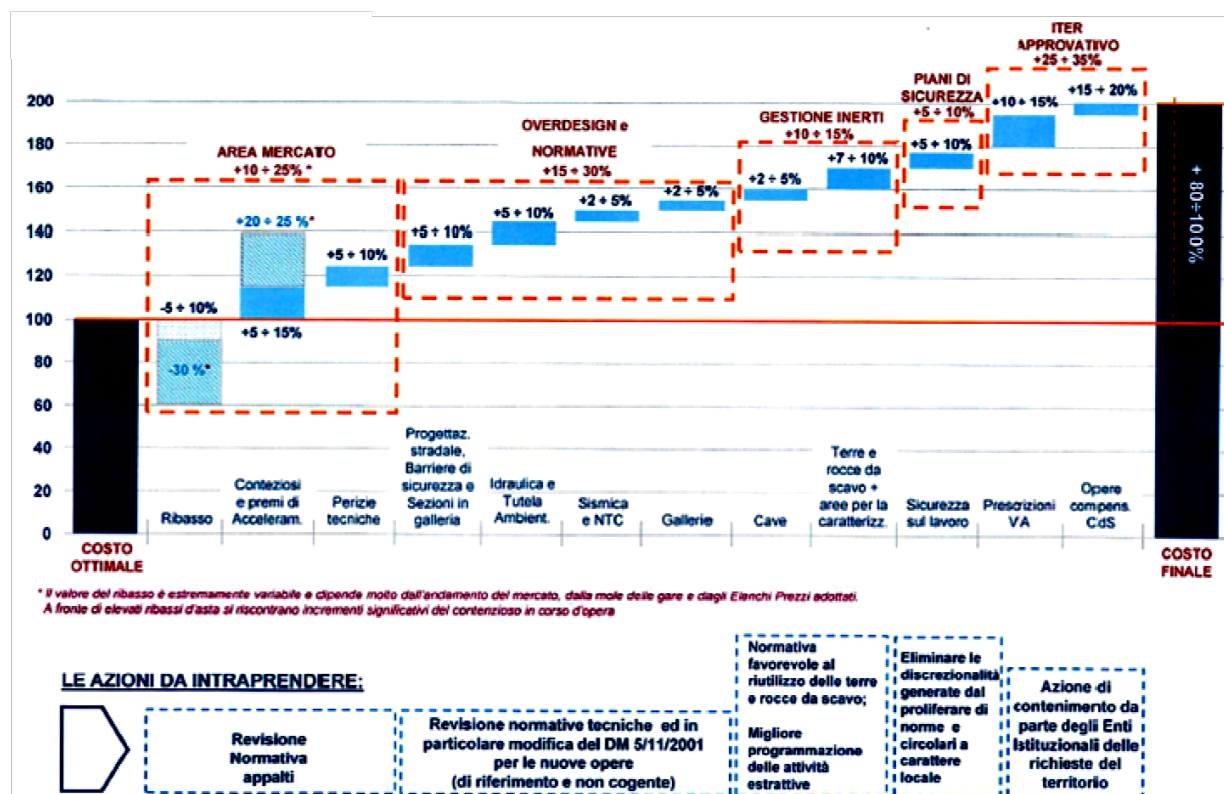
Controllo delle stazioni appaltanti

► Art. 38 nuovo codice (**Qualificazione delle stazioni appaltanti e centrali di committenza**)

1. Fermo restando quanto stabilito dall'[articolo 37](#) in materia di aggregazione e centralizzazione degli appalti, è istituito presso l'ANAC, che ne assicura la pubblicità, un apposito elenco delle stazioni appaltanti qualificate di cui fanno parte anche le centrali di committenza. La qualificazione è conseguita in rapporto agli ambiti di attività, ai bacini territoriali, alla tipologia e complessità del contratto e per fasce d'importo. Sono iscritti di diritto nell'elenco di cui al primo periodo, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, compresi i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche, CONSIP S.p.a., INVITALIA - Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.a., nonché i soggetti aggregatori regionali di cui [articolo 9 del decreto legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89](#).

Tali problematiche possono trovare efficace risoluzione agendo sui *fattori-chiave* di quello che può definirsi come *rischio intrinseco* del “sistema degli appalti” e che risulta atto a produrre *asincronie temporali* o scostamenti del *budget* originario di progetto, molti dei quali sopra delineati.

Figura 1 - Le determinanti del costo delle opere stradali



Appare necessario adottare misure atte a limitare l'instaurarsi di contenziosi tra imprese e stazione appaltanti, che comporta la sospensione dei lavori e la redazione di perizie di varianti, con conseguente aumento del costo degli appalti ed una maggiore durata degli stessi. La riduzione dei contenziosi in sede di esecuzione non può prescindere poi da una maggiore ponderatezza nella realizzazione dei bandi, soprattutto con riferimento alla parte economica, la quale risulta strettamente connessa alla problematica delle *offerte anomale* (nella tabella seguente è schematizzato il contenuto del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, in tema di controllo delle commissioni di gara).

Controllo delle commissioni di aggiudicazione

- ALBO obbligatorio unico degli aspiranti commissari presso l'ANAC
- Nomina dopo lo spirare del termine per la presentazione delle offerte
- Esclusione da successivi incarichi di componente della commissione di coloro che abbiano concorso (con dolo o colpa grave accertata con sentenza non sospesa) ad approvare atti dichiarati illegittimi
- Linee guida anac
 - Ripartizione compiti RUP/Commissione
 - Requisiti di professionalità, moralità e terzietà dei singoli componenti

L'analisi sistematica del rapporto "*contenzioso-economia*" rappresenta oggi un elemento essenziale per la tutela dell'interesse pubblico inteso come raggiungimento degli obiettivi posti dal potere politico all'apparato amministrativo (regole certe e chiare) per la creazione di un *quadro regolatorio* preciso, entro cui possano liberamente competere le forze economiche e sociali nella società globalizzata e nel mercato.

La globalizzazione dei rapporti economici richiede che ogni nazione abbia regole chiare e prevedibili, come peraltro stabilisce anche la *Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo*: quello degli appalti pubblici è un settore particolarmente sensibile a tale esigenza, poiché il settore pubblico è anche il principale committente delle aziende private. Inoltre, per le opere pubbliche, al beneficio derivante sul *prodotto interno lordo* (PIL) dalla realizzazione dell'infrastruttura occorre aggiungere i benefici per la collettività intera conseguenti all'utilizzo della stessa ed agli eventuali benefici per l'industria e l'indotto. L'esigenza di *certezza regolatoria* in questo campo ha portato nel tempo all'emanazione di discipline comunitarie sempre più tendenti a regolare in modo uniforme l'aggiudicazione degli appalti pubblici, al fine di creare un *mercato unico europeo* aperto e realmente concorrenziale.

Una maggior concorrenza, in quest'ottica, significa non solo maggiori opportunità di *business* per gli operatori economici e gli investitori ma, ancor più, implica lo stimolo ad un complessivo miglioramento qualitativo nell'offerta di lavori, servizi e forniture al settore pubblico, con benefici in termini di sicurezza e qualità delle stesse infrastrutture.

Nel campo degli appalti pubblici di opere, in particolare, effettività e certezza del *quadro regolatorio* significa anche calendarizzazione precisa nella loro realizzazione.

Emerge quindi la necessità che le regole procedurali consentano agli operatori economici di programmare la propria azione in un quadro di certezza e prevedibilità, con conseguente speditezza nella realizzazione delle opere.

Definizione di appalto

L'art. 1321 del Codice Civile definisce l'**appalto** come l'**accordo tra due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale**.

Si suole tuttavia definire come contratto d'appalto quello mediante il quale una parte (appaltatore) assume l'obbligazione di compiere per l'altra parte (appaltante o committente) un'opera o un servizio contro un corrispettivo in denaro.

All'art. 1655 del Codice civile si definisce appalto **come “contratto con il quale una parte assume, con organizzazione di mezzi necessari e gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro”**

Uno dei veri problemi del “*sistema degli appalti*” in Italia è che in quelli per infrastrutture con investimenti multimilionari tende a crearsi una generalizzata situazione particolare.

In caso di contenziosi fra imprese partecipanti la *stazione appaltante*, pur in assenza di un *provvedimento giurisdizionale cautelare* del Giudice *adito* e spesso in concomitanza con un *rinvio al merito*, tende già a sospendere autonomamente l'iter della procedura, bloccando così di fatto l'opera, a prescindere dalla relativa rilevanza strategica e del danno cagionato all'economia ed alla stessa collettività.

Ciò, per l'evidente timore dei *funzionari pubblici* della stazione appaltante di essere esposti a giudizio di *danno erariale*, in caso di *risarcimento per equivalente* a favore del ricorrente vittorioso e non esecutore dell'appalto (l'impresa “esclusa”), anche se va ricordato che in base alla *giurisprudenza comunitaria*, in materia di pubblici appalti il risarcimento del danno non è subordinato alla dimostrazione della sussistenza di un elemento soggettivo in capo alla stazione appaltante.

Recentemente, la legge di conversione n° 55/2019 del D.L. n° 32/2019, cd. *Sblocca Cantieri*, avente il fine di rilanciare gli investimenti pubblici e di facilitare l'apertura dei cantieri per la realizzazione delle opere pubbliche, attraverso una serie di interventi e modifiche sul *codice* degli appalti approvato con il D. Lgs. n° 50/2016, ha anche inciso sui contratti *sotto soglia* prevedendo, tra l'altro, la possibilità per le *stazioni appaltanti* di esaminare prima le offerte e, poi, i requisiti di ammissione dei concorrenti alla procedura (art. 36, comma 5, d.lgs. 50/2016 come riformato dal decreto).

Art. 32, commi 7-8 codice

- 7. L'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti.
- 8. Divenuta efficace l'aggiudicazione, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro i successivi sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario. Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate. Nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza e nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisorie. Nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione. L'esecuzione d'urgenza di cui al presente comma è ammessa esclusivamente nelle ipotesi di eventi oggettivamente imprevedibili, per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e la salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari.

Si tratta di un *modus operandi* che la normativa comunitaria consente per le sole procedure aperte ex art. 56, par. 2, dir. 24/2014: così operando, i tempi di svolgimento della procedura di gara vengono notevolmente abbreviati poiché l'esame della documentazione per la partecipazione alla gara riguarderà solo il *miglior offerente*, nonché altri partecipanti individuati *a campione* (anche se la *norma* non dice né in che modo debbano essere individuati, né in quali percentuali, rimettendo il tutto alle decisioni della *stazione appaltante*). Laddove, invece, l'offerente migliore non presenti tutti i titoli di ammissione, verrà escluso ed il contratto in gara sarà aggiudicato *senza ritardo* al concorrente che segue in graduatoria, garantendo così tempi certi e rapidi, grazie a regole chiare e precise.

Trasparenza come strumento deflattivo

- L. 190/2012 Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione
 - Piano Nazionale anticorruzione
- D.lgs. 97/2015 Codice dell'amministrazione digitale
- D.lgs. 33/2013 (modificato dal d.lgs. 97/2016)

Prevenzione del contenzioso

Art. 22. (Trasparenza nella partecipazione di portatori di interessi e dibattito pubblico)

- 1. Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori pubblicano, nel proprio profilo del committente, i progetti di fattibilità relativi alle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulla città o sull'assetto del territorio, nonché gli esiti della consultazione pubblica, comprensivi dei resoconti degli incontri e dei dibattiti con i portatori di interesse. I contributi e i resoconti sono pubblicati, con pari evidenza, unitamente ai documenti predisposti dall'amministrazione e relativi agli stessi lavori.
- 2. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e il Ministro per i beni e le attività culturali, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, in relazione ai nuovi interventi avviati dopo la data di entrata in vigore del presente codice, sono fissati i criteri per l'individuazione delle opere di cui al comma 1, distinte per tipologia e soglie dimensionali, per le quali è obbligatorio il ricorso alla procedura di dibattito pubblico, e sono altresì definite le modalità di svolgimento e il termine di conclusione della medesima procedura.
- 3. L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore proponente l'opera soggetta a dibattito pubblico indice e cura lo svolgimento della procedura esclusivamente sulla base delle modalità individuate dal decreto di cui al comma 2.
- 4. Gli esiti del dibattito pubblico e le osservazioni raccolte sono valutate in sede di predisposizione del progetto definitivo e sono discusse in sede di conferenze di servizi relative all'opera sottoposta al dibattito pubblico.

Il vigente Codice degli Appalti del 2016 ha così assicurato l'introduzione nell'*ordinamento* italiano di un *sistema di regolazione* coerente, semplificato, unitario e trasparente, superando le preesistenti lacune normative e le incertezze interpretative in materia di appalti di lavori, forniture e servizi e concessioni che i numerosi interventi legislativi avevano prodotto, creando ritardi, disfunzioni ed *extracosti* nell'attuazione dei programmi di investimenti infrastrutturali nel territorio.

Esso realizza la *trasposizione* nel diritto italiano, oltre che delle Direttive europee in materia di appalti (direttiva 2014/24/UE) e concessioni (direttiva 2014/23/UE), anche della Direttiva 2014/25/UE in materia di appalti nei settori cd. "*speciali*" (acqua, energia, trasporti e servizi postali), considerati tali perché riguardano attività corrispondenti a bisogni fondamentali dei cittadini europei.

In particolare, l'art. 40 dispone sull'obbligo di uso dei mezzi di comunicazione elettronici nello svolgimento di procedure di aggiudicazione e prevede che le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell'ambito delle procedure di cui al codice svolte da centrali di committenza sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici ai sensi dell'articolo 5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, *Codice dell'amministrazione digitale*.

Il successivo art. 52 rubricato Regole applicabili alle comunicazioni prevede che nei settori ordinari e nei settori speciali, tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni di cui al presente codice sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici. Gli strumenti e i dispositivi da utilizzare per comunicare per via elettronica, nonché le relative caratteristiche tecniche, hanno carattere non

discriminatorio, sono comunemente disponibili e compatibili con i prodotti TLC generalmente in uso e non limitano l'accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione.

Utilizzo di strumenti telematici da parte della p.a.

- ❖ Rispondenza ad obblighi europei di imparzialità, trasparenza, accessibilità e circolazione delle informazioni
- ❖ Modulo organizzativo rispondente ai principi di buona amministrazione ex art. 97 Cost., nonché ai principi ex art. 1 l. n. 241/1990

Importante risulta poi il disposto dell'art. 85 in tema di *documento di gara unico europeo*, in quanto prevede che al momento della presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, le stazioni appaltanti accettano il documento di gara unico europeo (DGUE), redatto in conformità al modello di formulario approvato con regolamento dalla Commissione europea.

Infine, rileva evidenziare il contenuto dell'art. 83¹, comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016 che ha riproposto nel citato *nuovo Codice*, seppure con una formulazione in parte differente, *l'istituto del soccorso istruttorio* cosiddetto “*rinforzato*”, già introdotto con il comma 2- bis dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 dal d.l. n. 90/2014. Ciò conferma la scelta del Legislatore di privilegiare l'*aspetto sostanziale* dell'effettivo possesso dei requisiti da parte degli operatori economici partecipanti alla gara rispetto al dato formalistico rappresentato dalla mera correttezza documentale delle dichiarazioni rese.

L'*istituto* rende possibile la *sanatoria* degli elementi o dichiarazioni essenziali mancanti o irregolari, purché l'*operatore economico* da un lato sia in effettivo possesso, entro il termine ultimo di presentazione dell'offerta, dei requisiti richiesti per l'ammissione alla gara e, dall'altro, ottemperi alle

¹ L'articolo 83 del D. Lgs. n.50 del 18 aprile 2016, introduce presso l'ANAC il sistema del *Rating d'impresa* e delle relative penalità e premialità, in relazione al quale la stessa Autorità anticorruzione rilascia alle imprese l'apposita certificazione. Il sistema si fonda su *requisiti reputazionali*, elementi positivi o negativi che espressi da un valore numerico, incidono sul punteggio reputazionale assegnabile all'impresa. L'ANAC definisce i *requisiti reputazionali* ed i relativi criteri di valutazione mediante apposite linee guida. Caratteristica essenziale è che il *rating d'impresa* è applicabile solo per la qualificazione delle imprese, tale *rating* non potrà invece essere oggetto di valutazione ai fini dell'attribuzione di punteggi connessi al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

richieste di integrazione della *stazione appaltante* entro il termine fissato da quest'ultima e, comunque, non oltre dieci giorni.

Art. 83 comma 9 codice dei contratti pubblici

Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, **in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all art. 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie**, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.



Finalità ultima :evitare che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli

La nuova disciplina del *soccorso istruttorio* in materia di appalti pubblici risulta dal Legislatore pure *emendata* nel non prevedere più l'obbligo del pagamento della sanzione nel caso di mancata regolarizzazione, ma lasciando inalterato il procedimento volto ad acquisire rapidamente le dichiarazioni mancanti.

In ultimo, rileva anche quanto nel merito acclarato dal Consiglio di Stato, sez. III, con sentenza n. 348 del 14 gennaio 2019, il quale ha stabilito che per poter validamente invocare in *sede processuale* il principio del *soccorso istruttorio* (c.d. *soccorso istruttorio processuale*) e contestare l'esclusione perché tale *soccorso istruttorio* non è stato concesso in gara, l'impresa esclusa deve dimostrare in giudizio che, ove tale "soccorso" fosse stato correttamente attivato da parte della *stazione appaltante*, l'esito le sarebbe stato favorevole, disponendo essa del *requisito* in contestazione, non potendo pretendere di addurre soltanto in via ipotetica la violazione del principio del soccorso istruttorio, ma dovendolo addurre "*in fatto*".

2. Il ruolo strategico del Responsabile Unico del Procedimento.

Il *Nuovo Codice* del 2016 e le successive sue integrazioni e specificazioni dell'ANAC si soffermano in particolare sul *ruolo-chiave* che assume sempre più il RUP nel "*Sistema degli appalti*" per assicurare efficienza, trasparenza e rispetto dei tempi di attuazione.

Nello specifico, l'art. 31 (commi 1 e seguenti) prevede che per ogni singola procedura per l'affidamento di un appalto o di una concessione, le *stazioni appaltanti* devono individuare nell'atto di adozione o di

aggiornamento dei programmi (di cui all'articolo 21, comma 1 del Codice), ovvero nell'atto di avvio relativo ad ogni singolo intervento per le esigenze non incluse in programmazione, un *responsabile unico del procedimento* (RUP). Tale figura provvede a sovrintendere tutte le fasi dell'appalto: dalla programmazione, alla progettazione, all'affidamento, dell'esecuzione.

Le *stazioni appaltanti* che ricorrono ai sistemi di acquisto e di negoziazione delle *centrali di committenza* nominano, per ciascuno dei detti acquisti, un responsabile del procedimento che assume specificamente, in ordine al singolo acquisto, il ruolo e le funzioni di cui al citato articolo.

Fatto salvo quanto previsto al comma 10 dell'art. 31 in questione, il RUP è nominato con atto formale del soggetto responsabile dell'unità organizzativa, che deve essere di livello apicale, tra i dipendenti di ruolo addetti all'unità medesima, dotati del necessario livello di inquadramento giuridico in relazione alla struttura della pubblica amministrazione e di competenze professionali adeguate in relazione ai compiti per cui è nominato; la sostituzione del RUP individuato nella programmazione di cui all'articolo 21, comma 1, non comporta modifiche alla stessa.

Laddove sia accertata la carenza nell'organico della suddetta unità organizzativa, il RUP è nominato tra gli altri dipendenti in servizio. L'ufficio di responsabile unico del procedimento è obbligatorio e non può essere rifiutato {disposizione modificata dal DLgs 56-2017 in vigore dal 20-5-2017}.

Il nominativo del RUP deve essere già indicato nel bando di gara (o nell'avviso pubblico) con cui si indice la procedura per l'affidamento del contratto di lavori, servizi, forniture, ovvero, nelle procedure in cui non vi sia bando o avviso con cui si indice la gara, nell'invito a presentare un'offerta; ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, svolge tutti i compiti relativi alle procedure che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti dall'amministrazione appaltante.

Oltre ai compiti specificatamente previsti da altre disposizioni del codice, in particolare, il RUP provvede a svolgere i seguenti *uffici*:

- formula proposte e fornisce dati e informazioni al fine della predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e dei relativi aggiornamenti annuali, nonché per la predisposizione di ogni altro atto di programmazione di contratti pubblici di servizi e di forniture e della predisposizione dell'avviso di preinformazione ai soggetti interessati;
- cura (in ciascuna fase di attuazione degli interventi) il controllo sui *livelli di prestazione, di qualità* e di prezzo determinati in coerenza alla copertura finanziaria e ai tempi di realizzazione dei programmi;
- sovrintende al corretto e razionale svolgimento delle procedure;
- segnala eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi nell'attuazione degli interventi;
- accerta la libera disponibilità di aree e immobili necessari;
- fornisce all'amministrazione aggiudicatrice i dati e le informazioni relativi alle principali fasi di svolgimento dell'attuazione dell'intervento, necessari per l'attività di coordinamento, indirizzo e controllo di sua competenza e sorveglia l'efficiente gestione economica dell'intervento;
- propone all'amministrazione aggiudicatrice la conclusione di un accordo di programma, ai sensi delle norme vigenti, quando si rende necessaria l'azione integrata e coordinata di diverse amministrazioni;
- propone l'indizione o, ove competente, indice la conferenza di servizi ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, quando sia necessario o utile per l'acquisizione di intese, pareri, concessioni, autorizzazioni, permessi, licenze, nulla-osta, assensi, comunque denominati;

- verifica e vigila sul rispetto delle prescrizioni contrattuali nelle concessioni.

Per i lavori e i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura il RUP deve essere un tecnico e se non fosse presente tale figura professionale nei ruoli dell'amministrazione appaltante, le competenze sono attribuite al *responsabile del servizio* al quale attiene il lavoro da realizzare (ad esempio *Lavori Pubblici, Appalti e Gare*, etc.).

Nel caso di appalti di particolare complessità in relazione all'opera da realizzare, ovvero alla specificità della fornitura o del servizio, che richiedano necessariamente valutazioni e competenze altamente specialistiche, il RUP propone alla *stazione appaltante* di conferire appositi incarichi a supporto dell'intera procedura o di parte di essa, da individuare sin dai primi atti di gara, avvalendosi pure (con procedure trasparenti) di professionisti esterni (dotati di adeguata polizza assicurativa per la copertura dei "rischi") che, tuttavia, per quella particolare funzione, assumono il ruolo di "*pubblico ufficiale*" e devono, ovviamente, osservare il regime di incompatibilità e inconferibilità degli incarichi professionali, a legislazione vigente.

Il RUP è in possesso di titolo di studio e di esperienza e formazione professionale commisurati alla tipologia e all'entità dei lavori da affidare. Per appalti particolarmente complessi, a decorrere dalla data di entrata in vigore del nuovo sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti di cui all'art. 38 del Codice, il RUP deve possedere anche adeguata formazione in materia di project management.

- **Appalti < 150.000 euro: diploma rilasciato da un istituto tecnico superiore** (durata corso almeno cinque anni).
- **Appalti tra i 150.000 e il 1.000.000 di euro:** diploma di cui sopra e 10 anni di anzianità, una laurea triennale nella materia e 3 anni d'esperienza nelle attività di programmazione, progettazione, affidamento o esecuzione di appalti e concessioni di lavori, oppure laurea quinquennale e 2 anni d'esperienza
- **Appalti tra 1.000.000 e la soglia ex art. 35 Codice:** laurea triennale+ abilitazione+ 5 anni d'esperienza; laurea quinquennale+ abilitazione+ 3 anni d'esperienza
- **Appalti «oltre soglia»:** laurea magistrale e specialistica+ abilitazione+ cinque anni d'esperienza

Gli incarichi che la stazione appaltante ritenga indispensabili a supporto dell'attività del RUP, in caso di importo inferiore alla soglia di 40.000 euro, possono essere affidati in via diretta, ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a) del Codice.

Comunque, l'affidatario non può avvalersi del subappalto, fatta eccezione per indagini geologiche, geotecniche e sismiche, sondaggi, rilievi, misurazioni e picchettazioni, predisposizione di elaborati specialistici, con esclusione delle relazioni geologiche e per la sola redazione grafica degli elaborati progettuali. Resta, comunque, ferma la responsabilità esclusiva del progettista. {disposizione modificata dal D. Lgs. 56-2017 in vigore dal 20-5-2017}.

Occorre in ogni caso prestare attenzione all'eventuale presenza di un "*conflitto di interesse*", quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, per conto di essa, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni (o può influenzarne, in

qualsiasi modo, il risultato) ha, direttamente o indirettamente, un *interesse finanziario, economico o altro interesse personale* che può essere percepito come una “minaccia” alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione (costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'art. 7 d.P.R. 62/2013).

Non può essere nominato RUP chi ha conflitto di interesse (interessato da appalto) o condannati per delitti contro la PA.

Le *stazioni appaltanti* devono a tal fine prevedere misure adeguate non solo per contrastare le frodi e la corruzione, ma anche per individuare, prevenire e risolvere efficacemente ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici, in modo da evitare qualsiasi *distorsione della concorrenza* e garantire la *parità di trattamento* di tutti gli operatori economici (art. 42, c. 1 del Codice).

Per fornire, infine, uno schema giuridico delle compatibilità fra RUP e Commissione di gara, nella tavola seguente vengono riportati gli elementi salienti della normativa di riferimento.

Compatibilità fra ruolo di RUP e membro della Commissione di gara

Art. 84, co. 4, D.Lgs 163/2006

I commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta.

Art. 77, co. 4, D.lgs 50/2016

I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. **La nomina del RUP a membro della commissione di gara è valutata con riferimento alla singola procedura (periodo aggiunto dal d.lgs. 56/2017)**

Sotto il previgente codice il RUP poteva pacificamente assumere il ruolo di Presidente pur avendo svolto attività afferenti la gara (Cons. di Stato, sent. 2812/2016)

*** Sotto il nuovo Codice per tutti i membri la valutazione deve essere effettuata avendo riguardo alle attività effettivamente svolte nell'ambito della procedura di gara.**

L'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) ha nel merito adottato la Delibera numero 1007 del 11 ottobre 2017, emanando un'apposita direttiva applicativa, denominata “*Linee guida n. 3*”, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «*Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni*», di cui si riporta nel seguito apposita sintesi.

Il RUP nelle Linee guida n. 3 dell'ANAC

Requisiti di professionalità del RUP

- Deve possedere specifica formazione professionale, soggetta a costante aggiornamento, e aver maturato adeguata esperienza professionale nello svolgimento di attività analoghe a quelle da realizzare in termini di natura, complessità e/o importo dell'intervento, alternativamente:
 - a. alle dipendenze di stazioni appaltanti, nel ruolo di RUP o nello svolgimento di mansioni nell'ambito tecnico/amministrativo;
 - b. nell'esercizio di un'attività di lavoro autonomo, subordinato o di consulenza in favore di imprese operanti nell'ambito dei lavori pubblici o privati;
- Nel caso di appalti di particolare **complessità** che richiedano competenze specialistiche, il RUP propone alla SA di conferire appositi incarichi a supporto dell'intera procedura o di parte di essa, da individuare sin dai primi atti di gara.
- La formazione professionale del RUP è soggetta **a costante aggiornamento**.

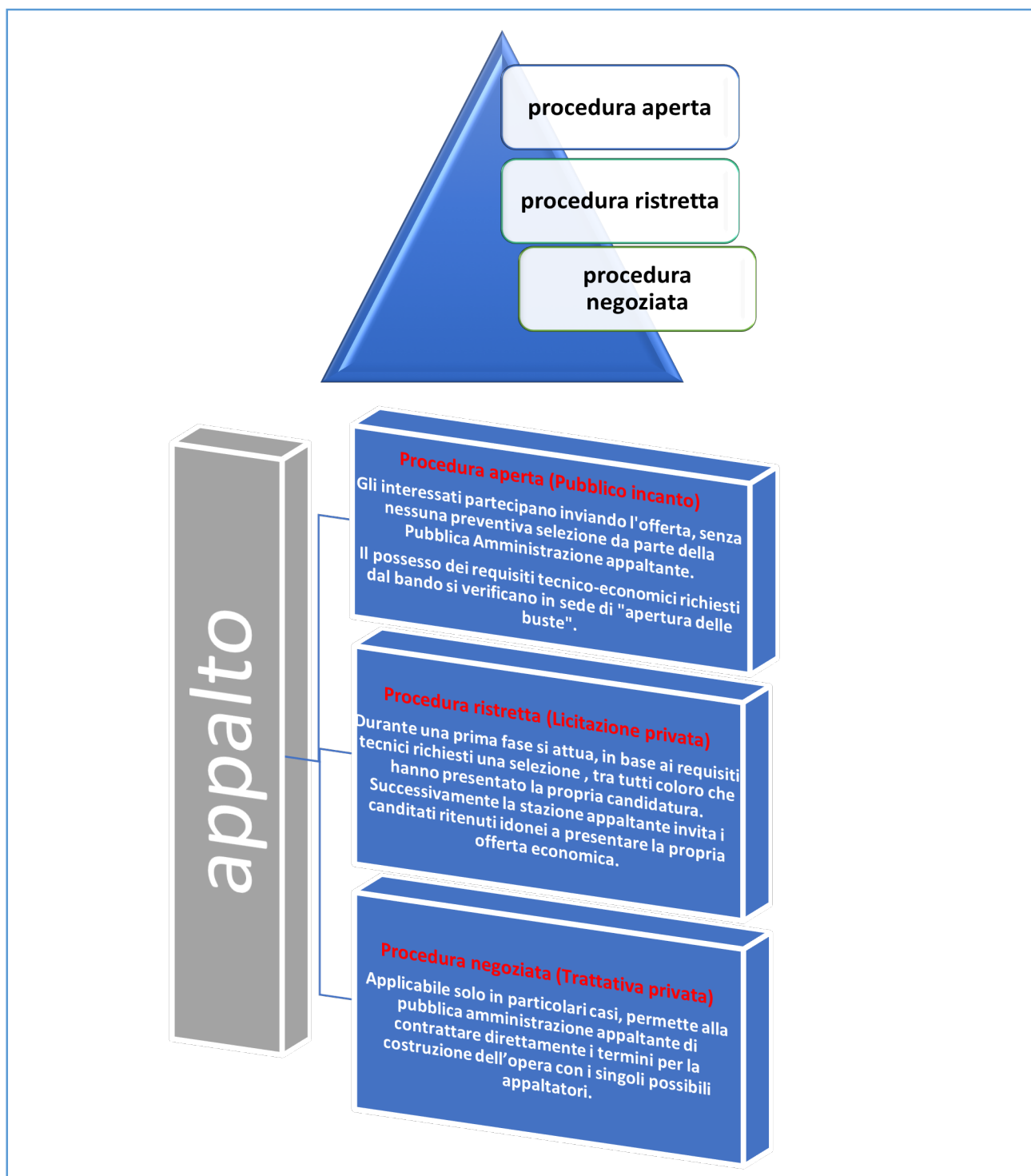
Inoltre, la stessa ANAC ha determinato i criteri di scelta dei Commissari di gara (v. schema seguente).

Linee Guida n. 5, di attuazione del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50,
recanti «Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici»
Aggornate con Delibera ANAC del Consiglio n. 4 del 10 gennaio 2018

Le Linee Guida n. 5 dispongono che:

- per poter far parte della commissione gli esperti devono necessariamente essere iscritti all'Albo, anche se appartenenti alla stazione appaltante che indice la gara.
- L'Albo è composto da una sezione “ordinaria” e da una “speciale” (per le procedure di aggiudicazione svolte da Consip S.p.A., Invitalia S.p.A. e dai Soggetti Aggregatori Regionali di cui all'art. 9 del D.L. 66/2014, convertito con modificazioni dalla Legge 89/2014). L'Albo è pubblicato sul sito dell'Autorità.

Infine, per fornire un quadro complessivo della problematica, di seguito è sinteticamente rappresentato, sotto il profilo della tipologia della procedura di gara, il “*Sistema degli appalti*” previsto dalle norme che regolamentano la materia.



Va infine precisato che risulta anche compito del RUP fornire tutte le disposizioni di servizio al *Direttore dei Lavori* (Tecnico dotato di adeguate professionalità e dei necessari requisiti di *onorabilità professionale*, mediante le quali quest'ultimo impartisce a sua volta agli altri soggetti preposti all'esecuzione dell'opera le indicazioni occorrenti a garantire la regolarità dei lavori. Il RUP fissa,

altresì, l'ordine da seguirsi nell'esecuzione, quando questo non sia regolato dal contratto, e stabilisce, in relazione all'importanza dei lavori, la periodicità con la quale il Direttore dei Lavori è tenuto a presentare un rapporto sulle principali attività di cantiere e sull'andamento delle lavorazioni. Nell'ambito delle disposizioni di servizio impartite dal RUP al direttore dei lavori resta poi di competenza di quest'ultimo l'emanazione di appositi *ordini di servizio* all'esecutore in ordine agli aspetti tecnici ed economici della gestione dell'appalto. Fermo restando il rispetto delle disposizioni di servizio impartite dal RUP, il direttore dei lavori opera in autonomia in ordine al controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione dell'intervento.

Laddove l'incarico di coordinatore per l'esecuzione dei lavori sia stato affidato a un soggetto diverso dal Direttore dei Lavori nominato, il predetto coordinatore assume la responsabilità per le funzioni ad esso assegnate dalla normativa sulla sicurezza, operando in assoluta autonomia.

3. Il termine *dilatorio* tra aggiudicazione definitiva e stipula del contratto: la c.d. clausola di “*stand still*”

Al fine di migliorare efficacemente gli elementi caratterizzanti la trasparenza ed efficacia delle procedure di gara e nel contempo il quadro di tutele degli operatori economici nel libero mercato, il Codice del 2016 inserisce come punto caratterizzante anche la disciplina del cosiddetto “*stand still*”.

La norma si configura sotto due diverse forme: lo *stand still* “sostanziale” e quello “processuale”: l'art. 32, co 9 del D.lgs. 50 del 2016 prescrive che “*il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione*”. La norma ora in esame fa riferimento al c.d. *stand still sostanziale* e il termine di trentacinque giorni è stato coordinato con il termine di ricorso giurisdizionale di trenta, allo specifico fine di evitare la stipulazione del contratto in pendenza di giudizio. Inoltre, all'interno di tale meccanismo, si inserisce poi il c.d. *stand still processuale*, che prevede un *effetto sospensivo automatico* di venti giorni dalla proposizione del ricorso, con contestuale proposizione dell'*istanza cautelare*.

In tal senso, l'art. 32, co.11, D.lgs. 50/2016 prescrive che “*se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva. [...]*”.

L'istituto dello *stand still* non rappresenta tuttavia una novità “esclusiva” del nuovo Codice degli appalti pubblici, in considerazione del fatto che detto *impedimento temporaneo* alla stipula del contratto già era previsto dall'art. 11, comma10, del Decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163.

La vera novità è ora la previsione legislativa con cui si determina l'esclusione dell'applicazione del *periodo dilatorio* nel caso degli appalti sotto la soglia comunitariamente rilevante.

A tal proposito, l'art. 32, co.10, lett. b) prescrive che “*il termine dilatorio di cui al comma 9 non si applica nei seguenti casi: [...] nel caso di affidamenti effettuati ai sensi dell'articolo 36, comma2, lettera a) e b)*”.

La norma stabilisce che, con riferimento agli affidamenti *sotto soglia*, non sia necessario imporre il termine dilatorio dello *stand still*, non trattandosi di un onere comunitariamente “imposto”.

Ciò considerato, occorre analizzare le motivazioni che hanno spinto il Legislatore nazionale a non prevedere l'applicazione del termine in esame nel caso specifico degli appalti sotto soglia.

In altri termini, occorre soffermarsi sulle ragioni che hanno indotto il nostro *Legislatore delegato* a non adottare la clausola dello *stand still*, ove non comunitariamente imposta, alla luce del pedissequo rispetto dei criteri direttivi contenuti nella *Legge delega*.

Ciò posto, ai fini di una corretta individuazione della categoria in esame occorre far riferimento alla Legge delega 28 gennaio 2016, n.11: l'art. 1 di detta legge stabilisce che, tra i vari criteri e principi direttivi cui il *Legislatore delegato* deve attenersi nell'attuazione delle Direttive europee sui contratti e le concessioni pubbliche, vi sia anche il c.d. divieto di "*gold plating*". Quando si parla di divieto di *gold plating* si fa riferimento al divieto rivolto allo Stato, che recepisce le Direttive europee, di introdurre o mantenere livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dal diritto europeo.

Infatti, in sede di recepimento delle norme europee, ci si riferisce al *gold plating* come a «*quella tecnica che va al di là di quanto richiesto dalla normativa europea pur mantenendosi dentro la legalità. Gli Stati membri hanno ampia discrezionalità in sede di attuazione delle direttive comunitarie. Essi possono aumentare gli obblighi di comunicazione, aggiungere i requisiti procedurali, o applicare regimi sanzionatori più rigorosi. Se non è illegale, il gold plating è di solito presentata come una cattiva pratica, perché impone costi che avrebbero potuto essere evitati*».

Il *Legislatore delegante* (UE), pertanto, prevede, al fine di recepire in maniera adeguata l'obiettivo di flessibilità e snellimento perseguito dalle Direttive europee, il divieto di introdurre oneri procedurali qualora non necessari. Tuttavia, lo stesso rigore rinvenuto nel recepimento del diritto sovranazionale viene *stemperato* dallo stesso Legislatore delegante laddove ammette che, a livello nazionale, possa essere adottata una regolamentazione più esaustiva e completa al fine di tutelare principi costituzionalmente garantiti. In tale prospettiva, anche il divieto di *gold plating*, previsto dall'art. 1, lett. a), della *legge delega* richiama la legge 28 novembre 2005, n. 246: lascia il Legislatore nazionale libero di derogarvi, introducendo una regolamentazione più severa, a condizione che ne sia data adeguata motivazione nell'*AIR (Analisi di Impatto della Regolazione)*, con indicazione dei fattori eccezionali che hanno indotto ad operare in tal senso. Quanto argomentato ci permette di comprendere lo stretto legame che intercorre tra il divieto di *gold plating*, previsto dal *Legislatore delegante*, e la scelta del *Legislatore delegato* di non prevedere il periodo di *stand still* negli appalti sotto soglia.

Lo *stand still*, infatti, *prima facie*, costituisce un *aggravio* della procedura selettiva, non comunitariamente imposto.

Per ciò che concerne la mancata applicazione del termine dilatorio tra aggiudicazione definitiva e stipula del contratto negli appalti sotto soglia, se è vero che non si rientra nel campo di applicazione della Direttiva comunitaria (e quindi si potrebbe pensare violi il divieto di *gold plating*), non può non considerarsi la stretta connessione esistente tra l'istituto dello *stand still* e la tutela del diritto ad una piena ed effettiva tutela giurisdizionale e di non discriminazione.

Inoltre, è opportuno rilevare che il divieto di *gold plating* non è di derivazione comunitaria. Le Direttive europee, infatti, accanto a disposizioni a *recepimento vincolato*, prevedono un livello di *regolamentazione minima* per gli Stati, fatta sempre salva la possibilità di introdurre livelli di regolamentazione ulteriore a tutela di interessi fondamentali. In sostanza, anche a voler ammettere che il divieto di *gold plating* sia riferibile a qualsiasi onere procedurale eccedente, rispetto a quelli imposti dal diritto sovranazionale, questo non si presenta quale assoluto e inderogabile (v., *infra*, parere del Consiglio di Stato, 1 aprile 2016 n. 855).

Ai fini di una corretta individuazione dell'*istituto* dello *stand still* in esame giova ricordare, seppur

brevemente, il ruolo ricoperto dal *Giudice amministrativo* (TAR e Giurisdizioni Superiori) nell'ambito della contrattualistica pubblica, con particolare riferimento ai poteri che gli vengono riconosciuti in relazione alla sorte del contratto. La disciplina nazionale, infatti, consente al Giudice che annulla l'aggiudicazione di valutare l'opportunità di dichiarare o meno l'*inefficacia* del contratto, sulla base di una *valutazione comparativa degli interessi in gioco*.

In particolare l'art. 121 del *Codice del processo amministrativo* (c.p.a.), al comma 2, sancisce che “*il contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1 qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti [...]*”. Ed ancora l'art. 122 c.p.a prescrive che “*fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dell'art. 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta*”.

Sulla base degli interessi e delle violazioni in atto, il Giudice amministrativo deve dunque operare un accertamento, di carattere più *vincolato* in un caso e di carattere più *discrezionale* nell'altro, al fine di valutare se mantenere in vita il contratto già stipulato: nel caso delle violazioni di cui all'art. 121, co.1, c.p.a, che prevede la *sopravvivenza del contratto* solo in caso di accertamento di esigenze di carattere *imperativo*, l'attività del Giudice è vincolata al riscontro di dette esigenze, che consentono la “sopravvivenza” del contratto stipulato.

Diversamente, al Giudice è riconosciuta molta discrezionalità laddove non si riscontrino le *gravi violazioni* di cui sopra: la giurisdizione sfiora il carattere del *sindacato di merito*, nell'ambito del quale il Giudice è chiamato a decidere, sulla base di una *valutazione comparativa degli interessi in gioco*, quale sia preordinato rispetto agli altri, con conseguente statuizione circa l'opportunità di lasciare in vita o meno il contratto in questione.

Ma, tale ampia discrezionalità comporta inevitabili conseguenze sul tema della *tutela giurisdizionale* del ricorrente non aggiudicatario: laddove il Giudice dovesse riscontrare l'illegittimità dell'aggiudicazione definitiva, potrebbe ad esempio ritenere più conveniente mantenere in vita il contratto già stipulato, escludendo definitivamente il rimedio della *tutela specifica* a favore del ricorrente, con potenziali danni ingiusti a suo carico.

Infatti, il ricorrente avrebbe diritto ad una *tutela per equivalente*, che non sempre risulta in grado di soddisfarlo allo stesso modo di un eventuale subentro nel contratto di appalto: in caso di ricorso, pertanto, solo la mancata stipula del contratto è capace di preservare la pienezza della tutela del ricorrente. Al contrario, l'eventuale stipula metterebbe il Giudice di fronte a quel *giudizio comparativo di interessi*, che ben può tradursi nella decisione finale di lasciare in vita il contratto, ormai, già stipulato, anche per evitare il “blocco” della realizzazione dell'appalto.

Ecco perché, prima il Legislatore comunitario, e poi quello nazionale, hanno adottato un *sistema preventivo di tutela giurisdizionale* quale quello dello *stand still*, volto proprio a garantire la pienezza e l'effettività della preservazione dei legittimi interessi dell'*operatore economico* nel *libero mercato* (impresa partecipante alla gara): l'*impedimento temporaneo* alla stipula del contratto, infatti, per il tempo in cui il ricorrente ha la possibilità di proporre ricorso avverso l'aggiudicazione, lascia impregiudicate le sue ragioni e ne garantisce la preservazione dei legittimi diritti.

Ciò chiarito, per fornire un esaustivo quadro generale del problema, va infine rilevato che nell'ordinamento italiano, il *contratto d'appalto* è disciplinato dagli art. 1655 e seguenti del *codice*

civile, che parlano di appalto come “*contratto con il quale una parte assume, con organizzazione di mezzi necessari e gestione a proprio rischio, il compimento di un’opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro*”.

Per circa 100 anni, in materia di appalti pubblici, è stato in vigore il R.D. n° 350 del 1895, fino agli anni '90 quando fu costituita la Comunità Europea e fu avviata la modifica della suddetta normativa. Tramite l'applicazione di numerose Direttive si è poi giunti in Italia al D.Lgs. n° 163/06, con il relativo regolamento, che ha riordinato in maniera unitaria la normativa riunificando le norme per gli appalti di lavori, servizi e forniture. Nel corso di circa 10 anni, tale normativa ha subito altri aggiornamenti e integrazioni, fino ad arrivare al *Codice dei contratti pubblici emanato con D.lgs n° 50/2016* che ha optato per un sistema diversificato e più *flessibile* basato essenzialmente su tre differenti tipologie di atti attuativi:

- quelli adottati con decreto ministeriale e con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri,
- quelli adottati con delibera dell'ANAC (*Autorità Nazionale Anticorruzione*) a carattere vincolante *erga omnes* e in particolare attraverso le “*linee guida*”,
- quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere *non vincolante*, anche con lo strumento delle “*linee guida*”.

Più recentemente, la legge di conversione n° 55/2019 del D.L. n° 32/2019, cd. *Sblocca Cantieri*, si pone l'obiettivo dell'eliminazione di quasi tutte le *linee guida* dell'ANAC e dei decreti ministeriali e interministeriali emanati, sostituendoli con un *unico regolamento*, al fine di ottenere un quadro giuridico più lineare e che riduce l'incertezza interpretativa e applicativa, delineando in tal modo, le precise responsabilità ed attribuzioni degli amministratori e delle diverse *Figure preposte* al “*sistema degli appalti*”.

Tale norma cd “*Sblocca Cantieri*” non muta i requisiti essenziali per la nomina del RUP sopra descritti ed i compiti specifici attribuitigli: essa ha proceduto a modificare però il comma 5 del Codice, prevedendo che con regolamento attuativo – e non più con *linee guida* affidate all'ANAC – sia definita una disciplina di maggiore dettaglio sui compiti specifici del RUP, sui presupposti e sulle modalità di nomina, nonché sugli ulteriori requisiti di professionalità rispetto a quanto disposto dal Codice, in relazione alla complessità dei lavori.

Con il medesimo regolamento sono determinati, altresì, l'importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può eventualmente coincidere con il progettista, con il direttore dei lavori o con il *direttore dell'esecuzione*.

Inoltre, un'altra importante novità della norma in argomento consiste poi nel consentire alle *stazioni appaltanti* di esaminare PRIMA le offerte economiche e tecniche e, solo successivamente, la documentazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale e di quelli di idoneità e di capacità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata solo se specificamente prevista nel bando di gara o nell'avviso con cui si indice la procedura. In tal modo, quindi, la *stazione appaltante* individua prima l'offerta migliore (secondo criteri anch'essi modificati) e solo in un secondo momento procede a verificare se l'offerente che ha ritenuto migliore abbia tutti i requisiti richiesti dal bando.

Riassumendo le principali innovazioni della legge 55/2019 “*Sblocca Cantieri*”, occorre segnalare:

- **sospensione della limitazione dell'appalto integrato fino al 31 dicembre 2020**, a fronte del “congelamento” del disposto dell'art. 59, comma 1 - *quarto periodo* del Codice degli appalti,

favorendo così una cantierizzazione più rapida delle opere, attraverso la possibilità di mettere in gara anche progetti definitivi;

- **estensione a 15 anni** (vs. 10 anni) come arco temporale di riferimento **per l'acquisizione della certificazione SOA**, obbligatoria per la partecipazione a gare d'appalto per l'esecuzione di appalti pubblici di lavori con importo **a base d'asta superiore a 150.000,00 euro**;
- **appalto integrato per manutenzioni fino al 2020**, relativo a gare su progetto definitivo per i lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria, escludendo quegli interventi che prevedono il rinnovo o la sostituzione di parti strutturali delle opere o degli impianti;
- **pareri più veloci da parte del Consiglio superiore dei lavori pubblici** stabilendo in 45 giorni (rispetto ai pregressi 90 giorni) il tempo massimo concesso al Consiglio per il parere su progetti;
- **ripristinata l'idea di stazioni appaltanti "diffuse"**, a fronte della sospensione dell'art. 37, comma 4, con il rischio di ritardare il processo di riduzione delle stazioni appaltanti italiane;
- **sospeso l'albo unico dei commissari di gara gestito dall'ANAC** a fronte della sospensione dell'art. 77, comma 3, con la conseguente mancanza di presidio di trasparenza e con conseguente ritorno alla possibilità per le amministrazioni di scegliere internamente i componenti della commissione e rendere vano l'importante investimento **di 500.000 euro** circa sostenuto **dall'Autorità per la creazione dell'albo unico**;
- **modificato l'art. 36 che alza i valori per le gare ad invito di 10 operatori a 350.000 euro**. Ne conseguirà che più gare verranno aggiudicate al prezzo più basso in quanto non si applicheranno più sistemi di congruità dell'offerta né di media, né di calcolo di anomalia, né di esclusione automatica dell'offerta anomala come previsto dall'art. 97 comma 8, con il rischio di presenza sul mercato di imprese non sufficientemente qualificate e conseguente esclusione di quelle più strutturate, ma meno competitive per i prezzi praticati;
- **prolungamento fino al 31 dicembre 2020 del termine entro il quale i concessionari devono adeguarsi alle nuove percentuali (80% – 20%)** per gli appalti *in house*: tale modifica presumibilmente comprometterà la qualità del progetto e comporterà il mantenimento di una autogestione dei Concessionari su ingenti somme distolte al mercato;
- **aumento a un milione di euro della procedura negoziata** a fronte della modifica dell'art. 36 del Codice. Ciò, potrebbe compromettere la trasparenza degli appalti a meno che le stazioni appaltanti non seguano chiari criteri di rotazione negli inviti degli operatori economici o criteri alternativi come il sorteggio dei soggetti da invitare, seguendo le modalità suggerite dall'ANAC con le linee guida n°4;
- **istituzione della figura del Commissario Straordinario** per gli interventi infrastrutturali ritenuti prioritari (**Art. 4 dello Sbocca Cantieri**). Tale circostanza potrebbe comportare deroghe alle regole stabilite dal Codice degli Appalti a discapito della trasparenza, a cui si potrebbe tuttavia ovviare individuando criteri trasparenti e procedure snelle atte ad avviare i lavori ritenuti non più procrastinabili e superare in questo modo le criticità proprie del sistema italiano delle infrastrutture;

- **mantenimento dell'incentivo alla progettazione per i tecnici della PA** (art 112, comma 12 del Codice dei Contratti). Sarebbe però auspicabile che i tecnici della PA si occupassero della programmazione e del controllo in fase di esecuzione delle opere, delegando all'esterno la progettazione e i servizi tecnici soprattutto se si vogliono ridurre i tempi di espletamento delle procedure “autorizzative” da parte della PA, oltre a quelli dedicati alle attività di verifica.

4. *Riferimenti Bibliografici*

1. Garofoli, B., Ferrara G., “*La nuova disciplina degli appalti pubblici*”, Neldiritto Editore, 2016;
2. Cianflone A., Giovannini G., Lopilato V., “*L'appalto di opere pubbliche*”, Giuffrè Editore, 2018.
3. Clarich M., “*Manuale di diritto amministrativo*”, III ed., Bologna, Il Mulino, pag. 1-521, 2017.
4. Cutajar O., Massari A., “*Il nuovo Codice dei Contratti pubblici commentato con la Giurisprudenza*”, Maggioli Editore, 2018;
5. Esposito G., “*Codice de Contratti Pubblici*”, Utet Giuridica, 2017;
6. Mariani M. & Altri, “*La legge “sblocca cantieri*”, G. Giappichelli Editore, 2019;
7. Spasiano M.R., “*I principi di pubblicità. Trasparenza e imparzialità, in Codice dell'azione amministrativa* (a cura di) M.A. SANDULLI”, Milano, 2017.