

Lorenza Ponzone

NUOVO CODICE
dei
CONTRATTI
PUBBLICI
RAGIONATO

II edizione
2024


Neldiritto
Editore

con funzioni di stazione appaltante senza che sia necessaria una loro qualificazione attraverso il sistema di cui agli articoli 62 e 63 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36.

Ai sensi dell'art. 224, comma 7, del D.lgs. 36/2023, al fine di non interferire sulla autonomia organizzativa derivante dalle prerogative costituzionalmente riconosciute, le stazioni appaltanti, comunque denominate, della Presidenza della Repubblica, del Senato, della Camera dei Deputati e della Corte Costituzionale, adeguano i propri ordinamenti ai principi e criteri previsti nel codice, ma sono abilitate ad operare senza che sia necessaria una loro qualificazione attraverso il sistema di cui agli articoli 62 e 63 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36.

Le società in house providing, ancorché operanti nei settori speciali, rientrano, invece, nel novero delle amministrazioni aggiudicatrici giusta previsione dell'articolo 28 della direttiva 2014/25/UE, ove espressamente riconduce le persone giuridiche di diritto pubblico e/o privato che soddisfano i requisiti dell'in house providing tra le amministrazioni aggiudicatrici.

Per la progettazione, l'affidamento e l'esecuzione dei contratti di PPP partenariato pubblico privato è necessaria una qualificazione almeno di livello intermedio (comma 18).

Le Centrali di Committenza e le Stazioni Appaltanti già qualificate devono, entro e non oltre il 31 gennaio 2024, accedere all'applicativo e comunicare la disponibilità di piattaforme di approvvigionamento digitale certificate di cui agli articoli 25 e 26 del Codice di proprietà o anche per il tramite di contratti di servizio con soggetti terzi. In caso di mancato aggiornamento, a partire dal 1° febbraio 2024, la qualificazione ottenuta decadrà.

63. Qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza. — 1. Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 62, è istituito presso l'ANAC, che ne assicura la gestione e la pubblicità, un elenco delle stazioni appaltanti qualificate di cui fanno parte, in una specifica sezione, anche le centrali di committenza, ivi compresi i soggetti aggregatori. Ciascuna stazione appaltante o centrale di committenza che soddisfi i requisiti di cui all'allegato II.4 consegue la qualificazione ed è iscritta nell'elenco di cui al primo periodo.

2. La qualificazione per la progettazione e l'affidamento si articola in tre fasce di importo:

- a) qualificazione base o di primo livello, per servizi e forniture fino alla soglia di 750.000 euro e per lavori fino a 1 milione di euro;
- b) qualificazione intermedia o di secondo livello, per servizi e forniture fino a 5 milioni di euro e per lavori fino alla soglia di cui all'articolo 14;
- c) qualificazione avanzata o di terzo livello, senza limiti di importo.

3. Ogni stazione appaltante o centrale di committenza può effettuare le procedure corrispondenti al livello di qualificazione posseduto e a quelli inferiori. Per i livelli superiori si applica il comma 6 dell'articolo 62.

4. Sono iscritti di diritto nell'elenco di cui al comma 1 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., Difesa servizi S.p.A., l'Agenzia del demanio, i soggetti aggregatori di cui all'articolo 9 del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, Sport e salute S.p.a. In sede di prima applicazione le stazioni appaltanti delle unioni di comuni, costituite nelle forme previste dall'ordinamento, delle provincie e delle città metropolitane, dei comuni capoluogo di provincia e delle regioni sono iscritte con riserva nell'elenco di cui all'articolo 63, comma 1, primo periodo. Eventuali ulteriori iscrizioni di diritto possono essere disposte con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, sentita l'ANAC, previa intesa in sede della Conferenza unificata.

5. La qualificazione ha ad oggetto le attività che caratterizzano il processo di acquisizione di un bene, servizio o lavoro in relazione ai seguenti ambiti e riguarda:

- a) la capacità di progettazione tecnico-amministrativa delle procedure;
- b) la capacità di affidamento e controllo dell'intera procedura;
- c) la capacità di verifica sull'esecuzione contrattuale, ivi incluso il collaudo e la messa in opera.

6. Le stazioni appaltanti e le centrali di committenza possono essere qualificate anche solo per l'acquisizione di lavori oppure di servizi e forniture. Le stazioni appaltanti e le centrali di committenza per svolgere attività di progettazione e affidamento devono essere qualificati e almeno nella seconda fascia. Essi programmano la loro attività coordinandosi nel rispetto del principio di leale collaborazione.

7. I requisiti di qualificazione per la progettazione e l'affidamento sono disciplinati dall'allegato II.4 e attengono:

- a) all'organizzazione della funzione di spesa e ai processi;
- b) alla consistenza, esperienza e competenza delle risorse umane, ivi incluso il sistema di reclutamento e la adeguata formazione del personale;
- c) all'esperienza maturata nell'attività di progettazione, affidamento ed esecuzione di contratti, ivi compreso l'eventuale utilizzo di metodi e strumenti di gestione informativa delle costruzioni.

8. I requisiti di qualificazione per l'esecuzione sono indicati separatamente nell'allegato II.4, che dispone altresì una disciplina transitoria specifica relativa a tale fase. Con modifiche e integrazioni all'allegato II.4. possono essere disciplinati dall'ANAC specifici requisiti di qualificazione per i contratti di partenariato pubblico-privato.

9. Le amministrazioni la cui organizzazione prevede articolazioni, anche territoriali, verificano la sussistenza dei requisiti di cui al comma 7 in capo alle medesime strutture e ne danno comunicazione all'ANAC per la qualificazione.

10. In relazione al parametro di cui alla lettera b) del comma 7, la Scuola Nazionale dell'Amministrazione definisce i requisiti per l'accreditamento delle istituzioni pubbliche o private, senza finalità di lucro, che svolgono attività formative, procedendo alla verifica, anche a campione, della sussistenza dei requisiti stessi e provvede alle conseguenti attività di accreditamento nonché alla revoca dello stesso nei casi di accertata carenza dei requisiti.

11. In nessun caso i soggetti interessati possono comprovare il possesso dei requisiti di qualificazione ricorrendo ad artifici tali da eluderne la funzione. L'ANAC, per accertati casi di gravi violazioni delle disposizioni di cui al presente articolo, può irrogare una sanzione entro il limite minimo di 500 euro e il limite massimo di 1 milione di euro e, nei casi più gravi, disporre la sospensione della qualificazione precedentemente ottenuta. Costituiscono gravi violazioni le dichiarazioni dolosamente tese a dimostrare il possesso di requisiti di qualificazione non sussistenti, ivi comprese, in particolare:

a) per le centrali di committenza, la dichiarata presenza di un'organizzazione stabile nella quale il personale continui di fatto a operare per l'amministrazione di provenienza;

b) per le stazioni appaltanti e le centrali di committenza, la dichiarata presenza di personale addetto alla struttura organizzativa stabile, che sia di fatto impegnato in altre attività;

c) la mancata comunicazione all'ANAC della perdita dei requisiti.

12. Se la qualificazione viene meno o è sospesa, le procedure in corso sono comunque portate a compimento.

13. L'ANAC stabilisce i requisiti e le modalità attuative del sistema di qualificazione di cui all'allegato II.4 rilasciando la qualificazione medesima. L'ANAC può stabilire ulteriori casi in cui può essere disposta la qualificazione con riserva, finalizzata a consentire alla stazione appaltante e alla centrale di committenza, anche per le attività ausiliarie, di acquisire la capacità tecnica ed organizzativa richiesta.

L'art. 63 disciplina il sistema di qualificazione, istituendo un apposito elenco delle stazioni appaltanti qualificate di cui fanno parte, in una specifica sezione, anche le centrali di committenza, ivi compresi i soggetti aggregatori, che sono definiti quali "soggetti di cui all'articolo 9 del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66 iscritti di diritto nell'elenco Anac" nell'art. 1 dell'allegato I (comma 1 e comma 4).

L'elenco è aperto in quanto soggetto a periodici aggiornamenti, e in esso vengono iscritti di diritto i soggetti indicati al comma 4. In sede di prima applicazione, sono iscritti con riserva nell'elenco delle centrali di committenza qualificate anche le unioni di comuni costituite nelle forme previste dall'ordinamento, i comuni capoluogo di provincia e le regioni.

L'elenco è gestito dall'ANAC, che ne stabilisce altresì le modalità attuative (comma 13).

I requisiti di qualificazione per la progettazione e l'affidamento sono disciplinati dall'allegato II.4 nel rispetto di quanto previsto al comma 5 e al comma 10 (comma 7).

L'allegato II.4 recepisce le Linee Guida approvate da ANAC con deliberazione 28 settembre 2022 n. 441 con alcune modifiche. L'ANAC stabilisce i requisiti e le modalità attuative del sistema di qualificazione indicando, oltre alla rilevanza percentuale dei singoli requisiti, le modalità con cui:

a) le stazioni appaltanti dimostrano il possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal codice;

b) è rilasciata la qualificazione;

c) la stazione appaltante può conseguire una qualificazione di livello superiore;

d) può essere attribuito alla stazione appaltante in via temporanea un livello di qualificazione inferiore rispetto al livello precedentemente ottenuto nell'ipotesi di applicazione di sanzioni pecuniarie ai sensi dell'articolo 222 del codice;

e) sono mantenuti i livelli di qualificazione.

Sono previsti tre livelli di qualificazione per progettazione e affidamento (commi 2 e 3) e la possibilità che la qualificazione sia conseguita anche solo per l'acquisizione di lavori oppure di servizi e forniture (comma 6).

Le centrali di committenza e le stazioni appaltanti per svolgere attività di progettazione e affidamento devono essere qualificati almeno nella seconda fascia (comma 6).

I requisiti di qualificazione per l'esecuzione sono indicati separatamente nell'allegato II.4, che dispone altresì una disciplina transitoria specifica relativa a tale fase; si prevede, inoltre, che con modifiche e integrazioni all'allegato II.4. possono essere disciplinati dall'ANAC specifici requisiti di qualificazione per i contratti di partenariato pubblico-privato (comma 8).

Il comma 11 contiene una disposizione antielusiva rispetto all'attività di attestazione del possesso dei requisiti di qualificazione e un sistema sanzionatorio volto a compulsare il corretto adeguamento al sistema di qualificazione prevedendo l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria e, nei casi più gravi, la sospensione dalla qualificazione (specificando in tal caso che le procedure avviate debbono essere portate a compimento, così il comma 12). È attribuita all'ANAC la facoltà di stabilire ulteriori casi in cui può essere disposta la qualificazione con riserva.

Alcune stazioni appaltanti (unioni di comuni, costituite nelle forme previste dall'ordinamento, delle provincie e delle città metropolitane, dei comuni capoluogo di provincia e delle regioni), in base alle indicazioni fornite dall'ANAC nel comunicato del 17 maggio 2023, sono iscritte con riserva nell'elenco delle stazioni appaltanti qualificate e sono tenute ugualmente a presentare domanda di qualificazione.

Saranno iscritte nel previsto elenco, senza dover dimostrare il possesso dei requisiti alla data in cui presentano domanda, fermo restando il dover maturare entro il 30 giugno 2024 i requisiti. Si possono quindi iscrivere a partire dal 1° gennaio e fino al 30 giugno 2024.

I requisiti di qualificazione per la progettazione e l'affidamento sono disciplinati dall'allegato II.4 del Codice e attengono:

- a) all'organizzazione della funzione di spesa e ai processi (relativa all'ultimo triennio);
- b) alla consistenza, esperienza e competenza delle risorse umane, incluso il sistema di reclutamento e l'adeguata formazione del personale;
- c) all'esperienza maturata nell'attività di progettazione, affidamento ed esecuzione di contratti, compreso l'eventuale utilizzo di metodi e strumenti di gestione informativa delle costruzioni.

In riferimento alla suindicata lettera b), saranno considerati i corsi (di formazione, perfezionamento, specializzazione, diplomi, master, ecc.) conseguiti dal personale della struttura organizzativa stabile (SOS) nel triennio precedente alla data di presentazione della domanda, nell'ambito dei programmi formativi dell'Ente di appartenenza, anche se effettuati da remoto, indipendentemente dal soggetto erogatore della formazione, aventi ad oggetto materie pertinenti alle funzioni della SOS,

Non devono invece essere considerati i titoli di formazione (lauree, diplomi, master, dottorati, ecc.) richiesti per la valutazione del requisito "Competenze", né altri titoli di formazione conseguiti a titolo personale.

Le varie tipologie di formazione sono esplicate nelle Faq aggiornate da ANAC proprio il 17 maggio 2023:

La qualificazione può essere acquisita per contratti di lavori oppure di servizi e forniture o per entrambi i settori.

La qualificazione per la progettazione e l'affidamento si articola in tre fasce di importo:

- a) qualificazione base o di primo livello, per servizi e forniture fino alla soglia di 750.000 euro e per lavori fino a 1 milione di euro;
- b) qualificazione intermedia o di secondo livello, per servizi e forniture fino a 5 milioni di euro e per lavori fino alla soglia di cui all'articolo 14;
- c) qualificazione avanzata o di terzo livello, senza limiti di importo.

A prescindere dal livello da raggiungere, per qualificarsi per la progettazione e l'affidamento dei contratti di lavori e di servizi e forniture, le stazioni appaltanti dovranno documentare i seguenti requisiti necessari:

- a) l'iscrizione all'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti (AUSA) di cui all'articolo 33-ter del decreto-legge 18 ottobre 2012 n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221;
- b) la presenza nel proprio organigramma di un ufficio o struttura stabilmente dedicati alla progettazione e agli affidamenti di lavori/servizi e forniture;
- c) la disponibilità di piattaforme di approvvigionamento digitale di cui agli articoli 25 e 26 del codice (quest'ultimo richiesto solo a decorrere dal 1° gennaio 2024).

Il punteggio che definirà il livello acquisibile e quindi i requisiti premiali sarà ottenuto valutando, sulla base delle formule, dei pesi e delle variabili riportate nel modello predisposto da ANAC.

Sul proprio sito istituzionale l'ANAC ha messo a disposizione un simulatore per i lavori che permette alle stazioni appaltanti e alle centrali di committenza di fotografare la loro situazione e capire se si è in possesso dei requisiti e qual è il punteggio e il livello per il quale si possono qualificare.

Inoltre, l'art. 3, comma 4 dell'allegato II. 4 del Codice definisce un ulteriore settore di attività, rimasto non chiaramente delineato nel codice e che riguarda i servizi tecnici di progettazione.

Se le stazioni appaltanti e le centrali di committenza posseggono la qualificazione per i lavori, ma non quella per i servizi, possono comunque procedere all'acquisizione dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria di valore pari o superiore alle soglie previste per gli affidamenti diretti, qualora siano in possesso della qualificazione nel livello corrispondente all'importo stimato dei lavori posti a base di gara per i quali sono richiesti i predetti servizi.

Con circolare del MIT condivisa con Presidenza del Consiglio e Anac del 12 luglio 2023, è stato ritenuto ammissibile, fino al 31 dicembre 2023, utilizzare il sistema speciale e derogatorio nel caso di procedure afferenti risorse a valere sul PNRR e sul PNC. Per tali procedure le stazioni appaltanti non passano attraverso la qualificazione prevista dagli artt. 62 e 63 del D.lgs. n. 36/2023.

In particolare, la circolare del Ministero conferma “il regime speciale sull’aggregazione delle stazioni appaltanti introdotto per le opere finanziate in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR, dal PNC o dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell’Unione europea indette successivamente al primo luglio 2023”.

Come indicato espressamente al paragrafo 4 della suddetta circolare, l’invito rivolto alle stazioni appaltanti è, da un lato, quello di non considerare “l’iscrizione con riserva come un’autorizzazione sine die ma quale provvedimento intrinsecamente provvisorio la cui efficacia viene espressamente perimetrata ex lege, dall’altro a non essere inerti attivandosi fin da ora, anche in relazione agli appalti PNRR e assimilati, per richiedere l’accreditamento al nuovo sistema di qualificazione in virtù dei requisiti disciplinati dall’Allegato II.4 del D.lgs.n.36 del 2023”.

64. Appalti che coinvolgono stazioni appaltanti di Stati membri diversi. —1. Le stazioni appaltanti possono rivolgersi a centrali di committenza ubicate in un altro Stato membro dell’Unione europea che svolgono la propria attività in conformità alle disposizioni nazionali dello Stato membro in cui sono ubicate.

2. Amministrazioni ed enti di diversi Stati membri possono congiuntamente aggiudicare un appalto pubblico, concludere un accordo quadro o gestire un sistema dinamico di acquisizione tramite accordi che determinino:

- a) la disciplina nazionale applicabile;
- b) le responsabilità delle parti;

c) le modalità di gestione della procedura e i termini di stipulazione dei contratti e di esecuzione dei lavori, delle forniture o dei servizi.

3. Se più amministrazioni di diversi Stati membri hanno istituito un soggetto congiunto comprendendo i gruppi europei di cooperazione territoriale di cui al regolamento (CE) n. 1082/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006 o altri soggetti istituiti in base al diritto dell’Unione europea, stabiliscono con apposito accordo che alle relative procedure di appalto si applichino, in alternativa:

- a) le disposizioni nazionali dello Stato membro nel quale il soggetto congiunto ha la sua sede sociale;
- b) le disposizioni nazionali dello Stato membro in cui il soggetto congiunto esercita le sue attività.

4. In base a quanto stabilito nell’atto costitutivo del soggetto congiunto, gli accordi del presente articolo possono applicarsi per un periodo indeterminato o a una generalità di appalti, oppure essere limitati a un periodo determinato, ad alcuni tipi di appalti o ad una o più aggiudicazioni di singoli appalti.

L’articolo 64 riproduce le disposizioni già contenute nell’articolo 43 del decreto legislativo n. 50 del 2016 (appalti che coinvolgono amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori di Stati membri diversi) – normativa che, a sua volta, recepisce e attua gli articoli 39 della direttiva 2014/24/UE e 57 della direttiva 2014/25/UE.

Dette direttive intervengono con disposizioni che regolano gli appalti congiunti transfrontalieri al fine di facilitare la cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici e accrescere i vantaggi del mercato interno creando opportunità commerciali transnazionali per i fornitori e i prestatori di servizi.

In particolare, stabiliscono le condizioni per l’utilizzo transfrontaliero delle centrali di committenza e determinano la disciplina degli appalti pubblici applicabile, compreso il diritto dei mezzi di ricorso, nei casi di procedure transfrontaliere congiunte, integrando le norme di conflitto del Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio.

Le tre diverse forme di appalti transfrontalieri prospettate nella Direttiva 2014/24/UE, all’articolo 39, comportano l’attivazione di procedimenti ad elevata complessità, l’applicazione di normative di altri Stati e pertanto presuppongono un livello adeguato di preparazione e qualificazione della committenza. Ciò induce a ritenere che il ricorso agli appalti transfrontalieri, sebbene concepito come una facoltà riconosciuta in termini generali alle amministrazioni aggiudicatrici, rappresenti una soluzione di carattere straordinario utilizzabile in presenza di circostanze particolari che richiedono il coinvolgimento di amministrazioni aggiudicatrici di diversi Stati membri, avuto riguardo ad esempio alla realizzazione di opere transfrontaliere, alla gestione di appalti con una forte componente di innovazione e ricerca, alla peculiare natura dei beni e servizi da acquisire.

Il legislatore nazionale, in sede di recepimento, ha tentato di delineare in modo puntuale le procedure interne da seguire per l’attivazione delle varie forme di cooperazione previste per l’esecuzione di appalti transfrontalieri e di indicare le ipotesi in cui il ricorso ad esse si rende necessario/possibile, anche al fine