

**Direzione
Legislazione
Opere Pubbliche**

**Principali novità
normative e
giurisprudenziali**

Dal 3 al 7 luglio

Provvedimenti e Atti Normativi

Caro materiali e istanze di pagamento: procedure semplificate.

In data 22.06.2023 è stato pubblicato in Gazzetta ufficiale il D.L. 75/2023 recante *“Disposizioni urgenti in materia di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, di agricoltura, di sport, di lavoro e per l’organizzazione del Giubileo della Chiesa cattolica per l’anno 2025”*.

Tra le varie tematiche regolate, di particolare rilievo è l’articolo 11, inserito per **accelerare** le procedure di riconoscimento alle Stazioni Appaltanti, da parte del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, dei fondi previsti dall’art. 26 del D.L. 50/2022, c.d. “Decreto Aiuti”, con **previsione di controlli non sulle singole istanze ma con verifiche a campione**.

Si precisa che tale semplificazione coinvolge unicamente le richieste effettuate in forza dell’art. 26, comma 4, lett. b), ossia quelle di accesso al **Fondo per l’adeguamento dei prezzi**, e dell’art. 26, comma 6-ter, ossia quelle di accesso al Fondo per la prosecuzione delle opere pubbliche.

Per maggiori dettagli, consultare la news sul sito ANCE [qui](#).

Ricostruzione post alluvione: pubblicato il decreto-legge.

Sulla Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 155 del 5 luglio 2023, è stato pubblicato il decreto-legge 5 luglio 2023, n. 88, recante *“Disposizioni urgenti per la ricostruzione nei territori colpiti dall’alluvione verificatasi a far data dal 1° maggio 2023”*.

Il provvedimento disciplina il coordinamento delle procedure e delle attività di ricostruzione nei territori delle regioni Emilia-Romagna, Toscana e Marche interessati dagli eventi alluvionali verificatisi a partire dal 1° maggio 2023, ricompresi nell’allegato 1 al decreto- legge 1° giugno 2023, n. 61

Di seguito, le principali disposizioni di interesse del decreto, entrato in vigore il 6 luglio 2023.

Articolo 2 - Commissario straordinario alla ricostruzione

L’articolo 2 prevede la nomina di un **Commissario straordinario** per la ricostruzione (in carica sino al 30 giugno 2024), il quale provvede mediante ordinanze che possono disporre **anche in deroga a disposizioni di legge**; ciò, a condizione che sia fornita apposita motivazione e sia fatto salvo il rispetto delle disposizioni penali, dei principi generali dell’ordinamento, delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle relative misure di prevenzione (d.lgs. n. 159/2011), nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall’appartenenza all’UE.

Articolo 3 - Istituzione, composizione, compiti e funzioni della Cabina di coordinamento per la ricostruzione

La previsione istituisce una Cabina di coordinamento per la ricostruzione, presieduta dal Commissario straordinario.

Articolo 4 - Fondo per la ricostruzione del territorio delle regioni Emilia-Romagna, Toscana e Marche

Con l'articolo 4 viene istituito un Fondo per la ricostruzione del territorio delle regioni Emilia-Romagna, Toscana e Marche;

Articolo 7 - Ricostruzione pubblica

La disposizione disciplina il finanziamento degli interventi di ricostruzione, ripristino e riparazione degli immobili e delle infrastrutture pubbliche, per i quali si prevede la predisposizione di diversi piani speciali approvati dal Commissario straordinario.

Essa prevede, inoltre, l'applicazione delle disposizioni della Parte II, titolo IV, del DL 77/2021 (recante il c.d. modello semplificazioni "PNRR"), relative alla scelta del contraente o all'aggiudicazione e all'esecuzione di pubblici lavori, servizi e forniture, senza pregiudizio dei poteri e delle deroghe di maggiore favore previste dalla disciplina vigente, alle procedure connesse all'affidamento e all'esecuzione dei contratti pubblici per la ricostruzione pubblica nei comuni colpiti dagli eventi alluvionali verificatisi a partire dal 1° maggio u.s..

Articolo 8- Soggetti attuatori degli interventi relativi alle opere pubbliche e ai beni culturali

La previsione stabilisce che i lavori di competenza delle diocesi e degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti di importo "sopra soglia" seguono le procedure previste per la ricostruzione privata sia per l'affidamento della progettazione che per l'affidamento dei lavori. Per maggiori dettagli, consultare la news sul sito ANCE [qui](#).

Per maggiori dettagli, consultare la news sul sito ANCE [qui](#).

Concessionarie: le indicazioni dell'ANAC per calcolare la quota di appalti da affidare a terzi.

Con la delibera n.265 approvata lo scorso 20 giugno, l'Anac precisa l'ambito di applicazione della misura prevista dall'articolo 186 e la base di calcolo delle quote di esternalizzazione, fornendo i metodi per calcolare la quota di investimenti da affidare a terzi.

Il provvedimento è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n. 151 del 30 giugno 2023 ed è entrato in vigore il 1° luglio 2023.

Innanzitutto, si individuano le società interessate dall'obbligo di esternalizzazione degli appalti.

In particolare, il provvedimento **riguarda i titolari di concessioni di lavori e di servizi pubblici nei settori ordinari, già in essere alla data di entrata in vigore del nuovo Codice Appalti**, (ossia il 1° Aprile 2023) di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea, **che non siano state affidate conformemente al diritto dell'Unione europea vigente** al momento dell'affidamento o della proroga.

Pertanto, sono ricomprese anche le **concessioni autostradali affidate senza gara**, cui trovano applicazione, in aggiunta a quanto previsto all'art. 186, comma 6, i criteri per il calcolo delle quote di esternalizzazione indicati nei paragrafi da 3.1 a 3.7.

In conformità a quanto previsto dall'articolo 186 del nuovo Codice appalti, sono **escluse tutte le concessioni afferenti ai settori speciali**, di cui al libro III del codice, ossia: gas e energia termica, elettricità, settore idrico, trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, mediante autobus, sistemi automatici o cavo, porti e aeroporti servizi postali, estrazione di gas e prospezione o estrazione di carbone o di altri combustibili solidi.

Inoltre, si specifica che, in ogni caso, per i concessionari operanti nei settori speciali restano fermi gli obblighi di affidamento a terzi previsti nelle corrispondenti clausole contrattuali, poiché definite anche sulla base di puntuali obblighi normativi.

BASE DI CALCOLO DELLE QUOTE DI ESTERNALIZZAZIONE

L'Anac precisa, inoltre, che i contratti da inserire nella base di calcolo delle percentuali individuate dall'articolo 186 sono quelli che **riguardano tutte le prestazioni da eseguire nel periodo considerato**, oggetto della concessione e sono, quindi, necessarie per l'esecuzione della stessa, anche se svolte direttamente dal concessionario.

Non vanno invece nella base di calcolo i contratti stipulati per la gestione dell'attività del concessionario nel suo complesso quali, ad esempio, i contratti per l'acquisto di buoni pasto per i dipendenti, per le utenze, per la manutenzione degli immobili, se utilizzati promiscuamente con altre attività svolte dal concessionario.

CRITERI PER IL CALCOLO DELLE QUOTE DI ESTERNALIZZAZIONE

Le parti definiscono la quota di esternalizzazione da applicare incrementando la quota minima del 50%, sulla base dei seguenti **criteri di valutazione**:

- criterio dimensionale, tenendo conto del valore complessivo della concessione, sulla base delle percentuali individuate;
- oggetto della concessione, applicando gli incrementi indicati, che, per le

- concessioni di costruzione e gestione, ammontano fino a ad un + 2,6%;
- della durata residua della concessione;
- caratteristiche del concessionario, tenendo in considerazione le dimensioni economiche del concessionario;

Per le società di scopo di cui all'articolo 194 del codice, sono considerate le dimensioni economiche dei soci.

Alla quota di esternalizzazione possono essere applicate delle **decurtazioni** al ricorrere delle seguenti circostanze:

- a) il concessionario ha effettuato investimenti recenti non ancora ammortizzati.
- b) il concessionario ha esternalizzato, in misura superiore al 50 per cento, le prestazioni oggetto della concessione riferite alla parte di contratto già eseguita.

SERVIZI INDIVISIBILI

ANAC precisa che la facoltà attribuita all'articolo 186 comma 3 trova applicazione per le concessioni di soli servizi o per le concessioni di costruzione e gestione in cui, essendo state completate le opere, residui la sola gestione.

DEFINIZIONE DI OPERATORI TERZI

L'obbligo di esternalizzazione può ritenersi assolto solo se la quota di prestazioni sia eseguita da **operatori terzi rispetto al concessionario**.

Non possono considerarsi operatori terzi quelli controllati o, comunque collegati al concessionario; qualora il concessionario sia un Consorzio o un RTI, sono da escludere, altresì, tutti i soggetti facenti parte del consorzio/raggruppamento, ed i relativi controllati/collegati.

MODALITÀ DI ADEGUAMENTO DELLE CONCESSIONI IN ESSERE

Le concessioni già in esecuzione sono adeguate alle disposizioni in esame **entro il 1° ottobre 2023**. Entro tale termine, le parti definiscono con apposito atto aggiuntivo la quota di esternalizzazione, cui segue la presentazione da parte del concessionario di un Piano degli affidamenti e l'avvio, senza indugio, le procedure di evidenza pubblica.

MISURE DI RIEQUILIBRIO DELLA QUOTA DI ESTERNALIZZAZIONE E CONTROLLI

Per le concessioni **diverse da quelle autostradali**, nell'atto aggiuntivo che definisce la quota di esternalizzazione, le Parti fissano, altresì, le tempistiche con le quali l'ente concedente effettua la verifica dell'avvenuto adeguamento nonché le misure di riequilibrio, da applicarsi in caso di accertato scostamento.

A tal fine, viene data priorità agli interventi che consentono di conseguire effettivamente la percentuale di esternalizzazione (pianificazione di nuove procedure di evidenza, cessazione degli affidamenti diretti a società in house o collegate etc).

Per maggiori dettagli, consultare la news sul sito ANCE [qui](#).

MIT: aggiornate le linee guida per la compilazione del DGUE.

Il Ministero per le infrastrutture e i trasporti ha pubblicato i **primi chiarimenti sull'applicazione del nuovo Codice degli appalti pubblici**, d.lgs. 36/2023, entrato in vigore il 1° luglio.

In particolare, con nota n. 6212 del 20 giugno 2023, il ministero ha fornito a stazioni appaltanti, enti concedenti e operatori economici le indicazioni per la **corretta compilazione del Documento di gara unico europeo (DGUE)** in formato digitale, aggiornando le precedenti linee guida.

Anzitutto, viene chiarito che *“nelle more del tempestivo aggiornamento”* delle Linee guida di AgID, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti *“continuano a utilizzare la modulistica attualmente in uso”*. Dunque, fino a tale aggiornamento, **continueranno ad essere utilizzati i modelli già in uso con il d.lgs. 50/2016**, avendo cura però, di aggiornare i **riferimenti normativi**, poiché *“i riferimenti normativi al d.lgs. 50/2016 devono intendersi come sostituiti dai corrispondenti riferimenti di cui al d.lgs. 36/2023”*, in linea con quanto previsto dall'articolo 226, comma 5, del Codice.

La nota poi offre anche indicazioni in **materia di affidamenti diretti** (art. 50, comma 1 d.lgs. 36/2023) per i lavori al di sotto di 150mila euro, facendo riferimento ai c.d. **“micro appalti”** di importo **inferiore ai 40mila euro**. Infatti *“l'articolo 52 del Codice prevede che gli operatori economici attestano il possesso dei requisiti con dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà. Atteso che anche il DGUE consiste in una dichiarazione avente i requisiti di cui all'articolo 47 del d.P.R. 445/2000, in tali fattispecie, la stazione appaltante ha facoltà di scegliere se predisporre un modello semplificato di dichiarazione oppure se adottare il DGUE, privilegiando esigenze di standardizzazione e uniformità”*.

Per maggiori dettagli, consultare la news sul sito ANCE [qui](#).

ANAC: aggiornata a pubblicità legale degli appalti.

È entrata in vigore il 1° luglio, insieme al nuovo Codice degli Appalti, la delibera n. 263 del 20 giugno 2023 di Anac, che **norma la pubblicità legale degli appalti**, in attuazione dell'art. 27, comma 4, del d.lgs. 36/2023.

Si ricorda, infatti, che in forza di quest'ultima disposizione la gestione della pubblicità legale passa ora ad ANAC, che la gestisce attraverso la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (BDNCP).

Il provvedimento acquista **efficacia a decorrere dal 1° gennaio 2024**, in attuazione dell'articolo 225 comma 1 del Codice.

Per maggiori dettagli, cliccare [qui](#).

Focus Giurisprudenza

TAR Campania, Napoli, Sez. I, 23 giugno 2023, n. 3776.

Con la sentenza in commento, la Prima Sezione del TAR Napoli si è pronunciata in merito ad un ricorso presentato, tra gli altri, anche dall'ANCE, per l'annullamento degli atti di una gara bandita da ACAMIR per l'affidamento congiunto della progettazione esecutiva e l'esecuzione dell'intervento, la cui base **d'asta sarebbe stata calcolata avendo assunto a riferimento prezzi significativamente inferiori rispetto a quelli correnti di mercato**. In particolare, i ricorrenti hanno sostenuto che il progetto definitivo posto a base di gara è giunto a sottostimare in maniera arbitraria l'intervento, rendendo *ex se* impossibile per qualsiasi operatore economico la formulazione di un'offerta seria ed economicamente sostenibile.

In via preliminare, sotto il profilo formale, i giudici di prime cure, dopo aver richiamato il costante indirizzo giurisprudenziale in base al quale la legittimazione al ricorso spetta solo al soggetto che **abbia legittimamente preso parte alla procedura selettiva, osservano che un operatore economico che non abbia partecipato alla gara è comunque legittimato ad impugnare il bando nell'ipotesi in cui contesti proprio quelle clausole immediatamente escludenti** dalla cui applicazione è derivata l'impossibilità di partecipare alla procedura. È stato, altresì, chiarito che ai fini **dell'impugnativa immediata** di un bando di gara, la lesione lamentata deve conseguire in via immediata e diretta, e non soltanto potenziale e meramente eventuale, in relazione a profili del tutto indipendenti dalle vicende successive della procedura e dai correlati adempimenti, sicché devono ritenersi non immediatamente impugnabili tutte le clausole del bando che rendono soltanto difficile, ma non impossibile, presentare l'offerta.

Fermo restando quanto sopra, il TAR Napoli ha rilevato come nel caso di specie, **sussistano sia la legittimazione ad agire sia l'interesse immediato ad impugnare** le regole di gara *“posto che, dalla prospettazione dei ricorrenti, emerge che la predeterminazione del prezzo secondo tariffe non aggiornate costituisce un elemento che condiziona la possibilità di proporre un'offerta seria ed economicamente sostenibile,*

risultando l'importo posto a base di gara non coerente con i valori di mercato e non adeguato all'aumento considerevole e progressivo dei costi dei materiali da costruzione".

A supporto di quanto sopra, d'altronde, il Collegio osserva che l'impugnazione immediata del bando rappresenta **l'unica soluzione** per far valere l'inadeguatezza del prezzo posto a base d'asta, atteso che, d'altronde, la partecipazione alle procedure pubbliche d'appalto costituisce accettazione del progetto a base di gara, dei relativi prezzi nonché dello stato dei luoghi e delle condizioni economiche ed ambientali per l'esecuzione dei lavori.

Peraltro, anche sotto il profilo meramente soggettivo, il TAR ha rilevato come **l'ANCE sia legittimata ad agire in giudizio** posto che il ricorso è volto ad affermare un interesse generale ed omogeneo riferibile alla categoria, consistente nella pretesa che i prezzi a base di gara siano congrui e tali da consentire al candidato di formulare un'offerta economica realisticamente remunerativa.

Ciò posto, nel merito, il Collegio ha rilevato come sia **illegittimo**, per violazione del regime ordinario di determinazione dei prezzi a base di appalto come fissato dagli artt. 23, comma 16, 30, comma 1, e 95, comma 1, del D.L. n. 50 del 2016, **determinare la base d'asta sulla scorta di prezzi significativamente inferiori rispetto ai correnti prezzi di mercato.**

D'altronde, in tal senso, si osserva che gli appalti devono **sempre garantire un adeguato margine di guadagno per le imprese**, giacché le acquisizioni in perdita porterebbero inevitabilmente gli affidatari ad una negligente esecuzione, oltre che ad un probabile contenzioso, atteso che *"Laddove i costi non considerati o non giustificati siano tali da non poter essere coperti neanche tramite il valore economico dell'utile stimato, è evidente che l'offerta diventa non remunerativa e, pertanto, non sostenibile, con ovvie conseguenze sulla veridicità della stessa"* (TAR Lazio, Roma, Sez. II, 23 maggio 2022, n. 5447; [Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2019, n. 8110](#); id., 15 aprile 2013, n. 2063; id., sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 963; id., sez. III, 11 aprile 2012, n. 2073; id., 10 luglio 2020, n. 4451).

Al fine di scongiurare il rischio di cui sopra, infatti, il legislatore ha individuato uno standard certo al quale i prezzi a base di gara devono agganciarsi, prevedendo che *"Per i contratti relativi a lavori il costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni è determinato sulla base dei prezzi regionali aggiornati annualmente. Tali prezzi cessano di avere validità il 31 dicembre di ogni anno e possono essere transitoriamente utilizzati fino al 30 giugno dell'anno successivo, per i progetti a base di gara la cui approvazione sia intervenuta entro tale data"* (art. 23, comma 16, 3 e 4 periodo, del D.Lgs. 50/2016).

Di conseguenza, è di tutta evidenza come l'aggiornamento dei prezzi ai reali valori di mercato abbia carattere imperativo, in quanto posto a presidio di interessi di rilievo pubblicistico, quali le condizioni di serietà dell'offerta, la qualità delle prestazioni,

l'effettiva concorrenzialità e convenienza economica dell'appalto nonché, da ultimo, anche la tutela della concorrenza.

Pertanto, il Collegio ha osservato che *“in applicazione del citato art. 23, comma 16, del codice, non solo le Regioni sono obbligate ad aggiornare annualmente i prezzi, intervenendo sui relativi prezzi regionali, ma le stesse stazioni appaltanti devono accertare l'adeguatezza e l'effettiva rispondenza di quelli applicati ai reali valori del mercato di riferimento. (..), in quanto l'obbligo di cui all'art. 23, comma 16, del D. Lgs. 50/2016 ha una portata sostanziale che impone alle S.A. di effettuare una revisione dei prezzi disponibili - e, conseguentemente, dei progetti - ogniquale volta sia riscontrabile una loro non aderenza al dato reale.*

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, il Collegio ha concluso ritenendo che ***“non risponde ai criteri di ragionevolezza la scelta dell'Amministrazione resistente di adottare a base di gara un computo redatto in base al prezzo regionale del 2021 (e A. 2021) con evidenti scostamenti rispetto ai prezzi di mercato correnti. Nella fattispecie per cui è causa, i prezzi posti dalla Stazione Appaltante a base d'appalto sono sensibilmente inferiori sia ai prezzi 2022 vigenti, sia ai prezzi realmente praticati sul mercato, non tenendo conto del "caro materiali" verificatosi negli ultimi mesi e che ha riguardato i costi delle principali materie prime utilizzate nell'ambito dei lavori pubblici”.***

Per una lettura integrale della sentenza, cliccare [qui](#).