

**Direzione
Legislazione
Opere Pubbliche**

**Principali novità
normative e
giurisprudenziali**

Dal 11 al 15 dicembre

Provvedimenti e Atti Normativi

MIT: agli appalti PNRR non si applica il nuovo Codice

Il Supporto Giuridico del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, con il Parere n. 2153/2023, ha fornito chiarimenti in merito a due quesiti relativi alla **normativa applicabile agli appalti PNRR e PNC**, anche alla luce della Circolare del MIT del 12.07.2023, recante *“il regime giuridico applicabile agli affidamenti relativi a procedure afferenti alle opere PNRR e PNC successivamente al 1° luglio 2023 – Chiarimenti interpretativi e prime indicazioni operative”*.

Di seguito, la disamina della pronuncia da parte della Direzione Legislazione Opere Pubbliche dell'ANCE.

Anzitutto, al MIT è stato chiesto di chiarire **se il Digs 36/2023 si applichi o meno agli appalti finanziati in tutto o in parte con le risorse del PNRR o del PNC**, posto che in base alla circolare suddetta sembrerebbe *“che i rinvii del DL n. 77/2021 al D.lgs n. 50/2016 e ai relativi atti attuativi abbiano effetto anche successivamente al 1° luglio 2023 e, al momento, sino al 31 dicembre 2023, per quanto non disciplinato in deroga dal DL n. 77/2021 sopra citato e da questi non espressamente rinviato al D.lgs 50/2016”*.

Sul punto, il Supporto Giuridico ha confermato che *“sulla base delle indicazioni di cui alla circolare del MIT del 12.07.2023 si ritiene che il nuovo codice non trovi sostanzialmente applicazione, considerato che le semplificazioni in materia di PNRR-PNC di cui al DL n. 77/2021 sono state introdotte solo al fine di consentire la rapida realizzazione di tali opere”*

Con il secondo quesito, in tema di affidamenti e contratti PNRR e assimilati, viene chiesto al MIT se *“il ricorso, sino al 31 dicembre 2023, alle modalità derogatorie di acquisizione di forniture, servizi e lavori di cui all’art. 1, comma 1, del DL 32/2019 così come modificato dall’art. 52, comma 1, lett. a) numero 1.2 del DL n. 77/2021 per i Comuni non capoluogo di Provincia, ancorché qualificatisi ai sensi del Digs 36/2023, sia da ritenersi obbligatorio o meno”*.

A riguardo, il MIT rileva che **il ricorso alle modalità derogatorie per i Comuni non capoluogo di provincia rappresenta una possibilità**. Infatti, l’invito rivolto alle stazioni appaltanti – di cui al paragrafo 4 della suddetta circolare – sarebbe *“da un lato, quello di non considerare 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 11.4 del d.lgs.n.36 del 2023”*.

Per maggiori dettagli, visitare il portale ANCE [qui](#).

Appalti pubblici: l'urgenza non evita la rotazione

Il principio di rotazione degli appalti, considerato dal codice 36 del 2023 come principio generale negli affidamenti dei contratti sottosoglia, implica l'illegittimità di derogarvi unicamente per motivi di urgenza.

Lo ha stabilito l'Autorità Nazionale Anticorruzione, con [parere in funzione consultiva n. 58 del 15 novembre u.s.](#), fornendo importanti chiarimenti su una questione che riguardava l'urgenza di affidare direttamente il relativo contratto all'appaltatore uscente. Infatti, visti i tempi ristretti di realizzazione del progetto, ad avviso della stazione appaltante, non vi sarebbe stata la possibilità di avviare un'indagine di mercato e di svolgere una procedura negoziata. Per cui, nel caso di specie, a detta dell'amministrazione istante ricorrevano i presupposti per procedere in deroga al principio di rotazione, ai sensi dell'art. 49, comma 4 del Codice appalti, d.lgs. n. 36 del 2023.

Di seguito, l'analisi della pronuncia da parte della Direzione Legislazione Opere Pubbliche.

- **La disciplina della rotazione**

La disciplina del "*principio di rotazione*", previsto nel Codice appalti, si applica nei casi in cui la stazione appaltante intenda assegnare la realizzazione di un lavoro, di un servizio o di una fornitura al contraente uscente, mediante affidamento diretto ovvero mediante procedura negoziata sottosoglia Ue, nella quale la stessa amministrazione operi discrezionalmente la scelta dei concorrenti da invitare (art. 49, comma 2).

Come ricorda l'Autorità, la rotazione degli operatori economici che intrattengono rapporti con l'amministrazione **costituisce un principio generale degli affidamenti dei contratti sottosoglia** e rappresenta diretta espressione dell'art. 1, comma 2, lett. e), della legge delega 21 giugno 2022, n. 78 e si pone in continuità con l'analoga disciplina del previgente D.Lgs. 50/2016 (art. 36), come ulteriormente specificata dalle Linee guida n. 4 ("*Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici*").

Nella Relazione Illustrativa del Codice, viene a tale proposito chiarito che l'imporre il rispetto del principio di rotazione già nella fase di gestione degli inviti, mira ad evitare che il gestore uscente, avvantaggiato dalla conoscenza acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici (Consiglio di Stato, sez. V., 12 giugno 2019, n. 3943).

A fronte di ciò, il Codice dedica un intero articolo, il 49, al principio di rotazione, stabilendo che:

- il principio di rotazione si applica con riferimento all'affidamento

immediatamente precedente nei casi in cui due affidamenti consecutivi riguardano una commessa appartenente allo stesso settore merceologico, alla stessa categoria di opere o al medesimo settore di servizi (comma 2);

- ai fini della rotazione, la stazione appaltante può suddividere gli affidamenti **in fasce in base al loro valore economico**, e la rotazione si applica separatamente per ciascuna fascia (comma 3);
- il principio di **rotazione non si applica quando l'indagine di mercato è stata condotta senza limiti sul numero** di operatori economici, in possesso dei requisiti richiesti, da invitare alla successiva procedura negoziata (comma 5).

Da notare, secondo l'Autorità, che la giurisprudenza aveva già giustificato in via interpretativa quest'ultima opzione, poiché in tale ipotesi non sussiste la *ratio* che caratterizza il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti (Consiglio di Stato, sez. V, 24 maggio 2021, n. 3999). Infatti, questo principio, in attuazione del principio di concorrenza, mira a prevenire il consolidamento di rendite di posizione da parte del gestore uscente, una necessità che non si pone quando la stazione appaltante decide di non imporre alcun limite al numero di operatori da invitare alla procedura negoziata dopo l'indagine di mercato.

- **Innovazioni rispetto al precedente assetto normativo**

Rispetto alle Linee Guida ANAC n. 4 del d.lgs. 50/2016, nel nuovo Codice appalti viene completamente rivoluzionato l'approccio per individuare i soggetti a cui applicare la rotazione di cui all'art. 49 del d.lgs. 36/2023.

Infatti, come mette ben in evidenza l'ANAC, la rotazione si applica **solo al soggetto che ha ottenuto la precedente aggiudicazione** (il "contraente uscente"), in tal modo vengono esclusi dal divieto di riaffido o reinvito coloro che erano stati solo invitati nella precedente procedura, senza conseguire l'aggiudicazione.

- **Deroghe motivate al principio di rotazione**

Come chiarito dall'ANAC, la possibilità di reinvitare o designare nuovamente come affidatario diretto il contraente uscente è subordinata a circostanze debitamente motivate dalla stazione appaltante. Tali circostanze, come precisato nell'art. 49, comma 4, devono riguardare la **struttura del mercato, la comprovata mancanza di alternative e l'esemplare esecuzione del contratto precedente**.

A tale proposito, ricorda sempre l'ANAC, la Relazione Illustrativa precisa che tali requisiti, che permettono la deroga al principio di rotazione, devono essere **«concorrenti e non alternativi tra loro»**, imponendo alla stazione **«una verifica concreta e specifica, come emerge dalla formula di apertura della disposizione»**, specifica sulla concomitanza di tutti i presupposti.

Su tali basi e a tale scopo, prima esercitare la propria discrezionalità amministrativa, la stazione appaltante deve, fornire **adeguata, puntuale e rigorosa motivazione** delle ragioni che l'hanno indotta a derogare al principio di rotazione.

Proprio con riguardo a quest'ultima considerazione, l'ANAC sottolinea l'importanza della motivazione nell'affidamento diretto al contraente uscente. La stazione appaltante deve valutare attentamente la presenza dei presupposti legittimanti la deroga, illustrando le ragioni specifiche di tale scelta e motivando in modo puntuale rispetto alla struttura del mercato, all'effettiva assenza di alternative e alle specificità del rapporto contrattuale precedente.

- **Gli affidamenti di importo inferiore a 5.000 euro:**

Un'ulteriore ipotesi di deroga, o meglio di eccezione, all'applicazione del principio di rotazione è quella prevista all'art. 49, comma 6, che, come ricorda l'Autorità, riguarda gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro.

Questa disposizione mira, secondo la stessa Autorità, a semplificare e velocizzare tali procedimenti, allineandoli al limite previsto per il ricorso obbligatorio al mercato elettronico della pubblica amministrazione.

- **La cogenza del principio di rotazione**

A conclusione di quanto esposto, l'ANAC ha richiamato l'avviso giurisprudenziale formatosi sul previgente Codice, secondo cui il principio di rotazione costituisce un riferimento normativo "inviolabile" del procedimento amministrativo di affidamento dei contratti sotto soglia, in quanto volto a favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, e così ad evitare il consolidarsi di rapporti esclusivi con alcune imprese e, quindi, di rendite di posizione in capo al gestore uscente.

Tale principio, ribadisce quindi l'ANAC, non può quindi essere disatteso, se non nei casi eccezionali ed entro i limiti indicati dal più volte citato art. 49, comma 4 del nuovo Codice.

- **La decisione sul caso concreto**

Con riguardo al quesito sollevato, l'Autorità ha dunque osservato che deve essere attentamente valutata dalla stazione appaltante, previa verifica concreta e specifica, l'esistenza dei presupposti legittimanti la deroga al principio di rotazione, fornendo adeguata e puntuale motivazione in relazione a tutte le condizioni indicate dall'art. 49, comma 4, del Codice. A tal fine, la stazione appaltante è tenuta ad illustrare le ragioni specifiche che hanno condotto a tale scelta e le motivazioni per cui non risultino percorribili alternative differenti.

Pertanto, stante l'eccezionalità della deroga al principio di rotazione nei casi espressamente indicati dalla norma, nel caso specifico portato alla sua attenzione,

L'Autorità stabiliva che **non risultava coerente con tali disposizioni l'affidamento diretto al contraente uscente del medesimo contratto basato esclusivamente sull'urgenza di realizzare il progetto in tempi celeri**. Tale deroga è consentita solo in presenza dei presupposti, i quali devono essere accertati con rigorosa conformità al comma 4 dell'art. 49 citato, nei termini sopra illustrati.

Tanto stabilito, l'ANAC affidava alla stazione appaltante la responsabilità di valutare gli atti e adottare i provvedimenti necessari in linea con l'orientamento generale fornito.

Per maggiori dettagli, visitare il portale ANCE [qui](#).

Appalti pubblici in digitale: le semplificazioni sotto i 5.000 euro

A partire dal 1° gennaio 2024, con l'introduzione dell'E-procurement, ossia del sistema di appalti completamente in digitale, sarà attuata una significativa semplificazione per le stazioni appaltanti nell'invio dei documenti all'ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione).

Tale misura è stata deliberata dall'ANAC, mediante il [Comunicato del Presidente datato 19 settembre 2023](#), la quale è intervenuta sull'acquisito del Codice Identificativo Gara (CIG) tramite il sistema Simog, con riferimento agli affidamenti di importo pari o superiore a 5.000 euro.

Per tali affidamenti, è stata introdotta una modalità semplificata di trasmissione, in base alla quale le stazioni appaltanti, al momento della richiesta del CIG, devono comunicare alla Banca Dati ANAC il link diretto alla pagina del proprio sito istituzionale in cui i documenti sono stati pubblicati.

In questa procedura semplificata, verrà inserito un solo link per ciascun CIG acquisito, e tutti i documenti richiesti dal Regolamento sull'esercizio dell'attività di Vigilanza in materia di contratti pubblici dovranno essere caricati all'interno della stessa pagina del sito della stazione appaltante.

L'informazione relativa al link deve essere fornita dal Responsabile Unico del Progetto (RUP) durante la fase di perfezionamento del CIG all'interno del sistema Simog, specificatamente nel campo denominato: *"Link ai documenti relativi all'affidamento diretto in somma urgenza e protezione civile"*.

Per gli affidamenti in cui è acquisito solo lo SmartCIG, non sarà possibile utilizzare la modalità semplificata descritta in precedenza, poiché non è prevista un'evoluzione corrispondente della procedura informatica. Pertanto, per tali affidamenti, le stazioni appaltanti dovranno continuare a utilizzare le modalità di trasmissione precedentemente in uso, con l'invio dei documenti tramite Posta Elettronica Certificata (PEC).

Per maggiori dettagli, visitare il portale ANCE [qui](#).

Focus Giurisprudenza

Consorzi stabili: nuova pronuncia sulla qualificazione

Il criterio del c.d. “cumulo alla rinfusa” (delle qualificazioni) si applica a favore dell’attestazione SOA del Consorzio stabile e, in gara, a favore delle consorziate indicate alla stazione appaltante come esecutrici, rendendo per queste ultime irrilevante l’assenza di una specifica qualificazione per la realizzazione dei lavori affidati.

Lo ha stabilito il [Consiglio di Stato, sez. V, nella sentenza del 27 novembre 2023, n. 10144](#), con cui si è espresso sulla legittimità dell’aggiudicazione e prima ancora dell’ammissione alla gara di un Consorzio stabile, per avere lo stesso individuato come unica impresa esecutrice una consorziata in possesso di SOA OG3 nella classifica V, mentre gli atti di gara prevedevano la classifica VII.

La sentenza si inserisce all’interno di un vivace contrasto interpretativo in ordine ai limiti entro i quali è legittimo il ‘cumulo alla rinfusa’.

1. Orientamento restrittivo sul ‘cumulo’

Un **primo orientamento, più restrittivo**, sulla portata del ‘cumulo alla rinfusa’, **nasce dalla citata sentenza n. 5/2021 dell’Adunanza Plenaria**.

Tale orientamento afferma che qualora il consorzio individui una consorziata come esecutrice, quest’ultima dovrà essere autonomamente in possesso del requisito di qualificazione, così come, in caso di esecuzione dei lavori in proprio ad opera del consorzio, quest’ultimo dovrà possedere autonomamente il requisito. Ne consegue che **l’utilizzo della “maggiore” qualificazione del consorzio non potrebbe legittimare l’esecuzione di prestazioni da parte di piccole e medie imprese del tutto prive della qualificazione** (v. Tar Lazio, sez. III, 3.3.2022, n. 2571; Cons. Stato, 22.8.2022, n. 7360, le cui argomentazioni sono state riprese dalla recente giurisprudenza, tra cui: Tar Ancona, Sez. I, 25.2.2023, n. 119; Tar Milano, Sez. I, nn. 397, 597 e 744 del 2023; Tar Napoli, sez. III, 22.2.2023, n. 1152).

Infatti, **come osservato dall’ANAC, l’art. 225**, comma 13, del Codice appalti, d.lgs. n. 36/2023, **non può essere interpretato nel senso che i requisiti di qualificazione SOA devono essere posseduti e comprovati solo dal consorzio stabile**, anche nel caso in cui l’esecuzione dell’appalto sia totalmente affidata ad un’impresa esecutrice consorziata. Pertanto, *«è necessario che le imprese designate possiedano e comprovino (con la ribadita salvezza dei, limitati e specifici, casi di qualificazione cumulativa) i requisiti, tecnici e professionali, di partecipazione»* (v. [ANAC, parere di prec., ad. 18.10.2023, delibera n. 470](#), con riferimento alla sentenza de [Cons. Stato, sez. V, del 22 agosto 2022, n. 7360](#), che ribadisce quanto già affermato con la [delibera del 3 maggio 2023, n. 184](#); precedenti conformi: Tar Lazio, sez. III, 3.3.2022, n. 2571; Cons. Stato, 22.2.2022, n. 7360, le cui argomentazioni sono

state riprese dalla recente giurisprudenza, tra cui: Consiglio di Stato, sez. V, 29.12.2022 n. 11596; Tar Ancona, Sez. I, 25.2.2023, n. 119; Tar Milano, Sez. I, nn. 397, 597 e 744 del 2023; Tar Napoli, sez. III, 22.2.2023, n. 1152).

Conseguentemente, secondo tale orientamento, sussiste «*il principio secondo cui la designazione di consorziate esecutrici del tutto carenti di qualificazione SOA comporta l'esclusione del consorzio dalla gara*» (v. [delib. ANAC n. 470/23 cit.](#)).

2. Orientamento generalista sul 'cumulo'

Un **secondo orientamento**, il più recente in giurisprudenza, reputa **ammissibile il generalizzato ricorso al 'cumulo alla rinfusa'**.

Questo orientamento **trae origine da una diversa interpretazione dell'art. 225, comma 13, del Codice dei contratti pubblici**, secondo cui quest'ultimo estende in modo generico a tutti i requisiti il 'cumulo alla rinfusa'. Di conseguenza, diventa irrilevante che le imprese consorziate destinate all'esecuzione dell'appalto non possiedano la qualificazione specifica richiesta, poiché, grazie alla struttura comune di impresa del consorzio stabile, possono beneficiare della qualificazione detenuta dal consorzio stesso. Pertanto, è il consorzio stabile, e non le singole imprese consorziate, ad assumere la qualifica di concorrente e contraente nelle gare d'appalto, con l'onere di dimostrare il possesso dei requisiti di partecipazione (v. Tar Campania, NA, Sez. I, 19.4.2023, n. 2390).

A conferma di ciò è stata evidenziata una soluzione di continuità del Codice 36/2023, rispetto la disciplina previgente, che anche nell'ultima versione del citato art. 47, limitava il cumulo solo agli aspetti relativi alla disponibilità di attrezzature, mezzi d'opera e organico medio annuo ([Cons. Stato, Sezione V, 22.8.2022, n. 7360](#)); ciò in linea con le caratteristiche proprie del consorzio stabile, capace di eseguire le prestazioni contrattuali sia in proprio che tramite le consorziate (v. ricostruzione di [Cons. Stato, sez. V, 17.10.2023 nn. 9031 e 9036](#) e [id. 9.10. 2023, n. 8767](#); precedenti conformi: Cons. Stato, sez. V, 5.5.2023, n. 1761; Cons. Stato, sez. V, ord. 5.5.2023, n. 1761; Cons. Stato, sez. V, 14.4.2023, n. 1424; Cons. Stato, sez. V, 4.7.2023, n. 6533).

Conseguentemente, secondo tale orientamento, deve ritenersi «*nulla la clausola della legge di gara che stabilisce l'esclusione di quei consorzi nei quali i requisiti di partecipazione sono posseduti dalle singole consorziate e non anche dal consorzio medesimo*» (v. [Cons. Stato, sez. V, 27.10.2023, n. 9277](#), con riferimento al d.lgs. 50/2016).

- Il caso in esame

Il Collegio, nella sentenza in esame, si inserisce in questo secondo orientamento della giurisprudenza amministrativa definita "generalista", che ritiene corretta l'estensione del citato cumulo delle qualificazioni del Consorzio alla qualificazione in gara dell'impresa esecutrice.

Infatti, tale Collegio, in ragione dell'interpretazione autentica offerta dall'art. 225, comma 13, d.lgs. n. 36 del 2023 (secondo cui per la partecipazione alle procedure di gara i consorzi possono utilizzare, ai fini della qualificazione, tanto i requisiti maturati in proprio, tanto quelli delle imprese consorziate), ritiene che *“se il consorzio stabile è in possesso, in proprio, dei requisiti partecipativi richiesti dalla legge di gara, a nulla rileva l'assenza della qualificazione SOA in capo alla consorziata esecutrice dei lavori”*.

Tale chiave interpretativa, prende vita dalla tradizionale giurisprudenza, che partendo dallo stabile rapporto organico tra consorzio e consorziato, ritiene possa applicarsi il criterio del 'cumulo alla rinfusa' anche alle imprese esecutrici; ciò in ragione, come specificato nella sentenza in esame, della *“natura giuridica dei consorzi stabili, che sono [...] aggregazioni durevoli di soggetti che nascono da un'esigenza di cooperazione ed assistenza reciproca e che, operando come un'unica impresa, si accreditano all'esterno come soggetto distinto”* (v. Cons. Stato, V, 28 dicembre 2022, n. 11439; 7 novembre 2022, n. 9752; III, 4 febbraio 2019, n. 865). Sotto tale aspetto, è essenziale e dirimente l'esistenza di un'azienda consortile, intesa nel senso civilistico di *“complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa”*.

Tanto osservato, il Consiglio di Stato con la [sentenza n. 10144/2023](#), ha respinto le censure concernenti l'illegittimità del cumulo alla rinfusa e, per l'effetto, anche l'appello su tale punto.

Per maggiori dettagli, visitare il portale ANCE [qui](#).