

APPALTI PNRR E NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
Testo relazione al convegno di Bellaria del 9 giugno 2023
Di Annamaria De Michele

a) Premessa

La riscrittura del Codice dei contratti pubblici costituisce una delle riforme cd. “abilitanti” del PNRR, indispensabile per gestire al meglio i contratti necessari per la messa a terra degli investimenti del Piano.

Si tratta di una delle 63 riforme abilitanti previste nel PNRR e segnatamente è la R-10. Questa riforma abilitante prevedeva alcune milestone che risultano essere state formalmente rispettate:

- Legge delega (M1C1-70), entro il 30.6.2022
- Decreto delegato – nuovo Codice (M1C1 -73), entro il 31.3.2023
- Provvedimenti attuativi del Nuovo Codice (M1C1-74), entro il 30.6.2023

Dalla lettura delle norme transitorie e finali si comprende che i contratti utili a dare attuazione al PNRR continueranno a seguire le regole speciali e derogatorie varate con i decreti-legge n. 77 del 2021 e n. 13 del 2023. In altri termini, il Codice dei contratti pubblici “chiesto” dall’Europa per garantire la più fluida attuazione del PNRR, non si applica proprio agli appalti PNRR o almeno così pare ad una prima lettura della disposizione di riferimento (art. 225, comma 8, d.lgs. n. 36 del 2023).

Apparentemente, **l’intento del legislatore è chiaro e non necessariamente criticabile**: dare stabilità alla disciplina in essere per gli appalti del PNRR, poiché il passaggio dalla vecchia ad una nuova disciplina avrebbe potuto causare rallentamenti nello svolgimento delle procedure e dunque ritardi nella realizzazione delle opere. La scelta del legislatore potrebbe essere anche rivelatrice della latente convinzione che anche la nuova disciplina del nuovo Codice non riuscirà a imprimere quell’accelerazione di cui c’è bisogno al mercato dei contratti pubblici, ammettendo così la sconfitta ancora prima che la partita cominci.

La premessa da cui il ragionamento necessariamente deve partire è quella secondo cui, in base all’art. 225, comma 8, del d.lgs. n. 36 del 2023, gli appalti PNRR sono disciplinati dal D.L. n. 77/2021 e dal D.L. 13/2023.

A ben vedere, non è esatto affermare che il nuovo Codice non sia applicabile agli appalti PNRR, ma è più corretto dire che la disciplina speciale del D.L. 77 e del D.L. 13, nel disciplinare alcuni istituti, prevale (deroga) su quella generale del nuovo Codice (o, a seconda dei casi, vedremo ancora del vecchio), sostituendosi ad essa o con essa integrandosi.

Ne risulta un quadro davvero complesso con norme che si innestano su norme che a loro volta si innestano su altre norme.

Per sbrogliare la matassa, non potremo che tentare di fare affidamento sui vecchi criteri di risoluzione delle antinomie contenuti nelle preleggi e ad un non indifferente sforzo interpretativo. Perché ci sono delle antinomie mettendo in fila tutte le norme astrattamente applicabili, alcune solo apparenti, altre decisamente reali.

b) La situazione attuale

Il d.lgs. n. 50 del 2016 aveva subito l'impatto degli interventi legislativi emergenziali di epoca COVID e della disciplina speciale dettata per gli appalti PNRR:

- D.L. 76 del 2020 che detta disposizioni per tutti gli appalti pubblici durante il periodo dell'emergenza COVID (mi riferisco in particolare agli artt. 1, 2, 3, 5, 6 e 8)
- D.L. 77/2021 e il D.L. n. 13 del 2023 che dettano disposizioni specifiche per gli appalti PNRR (mi riferisco in particolare agli artt. 47 ss. e poi il 14 e il 24 per l'edilizia scolastica del D.L. n. 13)

Come si è scritto, né il DL 77 del 2021, né il DL 13 del 2023 costituiscono un Codice degli Appalti PNRR, ma disciplinano alcuni aspetti della fase di affidamento e della fase esecutiva derogando alla disciplina ordinaria del Codice, in verità già derogata dal D.L. 76 del 2020 per fare fronte all'emergenza COVID.

In sostanza, questi due blocchi di norme si innestano sul vecchio Codice 50/2016 oppure sul D.L. 76/2020 che a sua volta si innesta sul vecchio Codice.

Per farla breve gli appalti PNRR, **oggi 9 giugno 2023**, sono disciplinati da almeno 3 blocchi normativi:

- Il Codice dei contratti d.lgs. n. 50 del 2016
- La disciplina emergenziale del D.L. 76 (a tempo)
- La disciplina speciale degli appalti PNRR dei D.L. 77 e 13 (anch'essa a tempo, in quanto destinata ad esaurirsi con la fine del PNRR)
- Un discorso a parte, che cito solo per completezza, è quello della entrata in vigore anticipata dell'art. 140 del Nuovo Codice che però ha un ambito di applicazione circoscritto dal D.L. n. 61/2023

c) Periodo transitorio

Che cosa accade con l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti alla data del 1° luglio 2023?

Esiste un tema generale relativo al periodo transitorio, legato al passaggio tra il vecchio e il nuovo Codice.

Esiste poi un tema specifico legato alla disciplina degli appalti PNRR dopo il nuovo Codice dei contratti.

Procediamo con ordine.

Il passaggio dal vecchio al nuovo codice si sta compiendo per gradi (diversamente dalla scelta che era stata compiuta dal Consiglio di Stato in sede di elaborazione del primo testo):

- Il nuovo codice entra in vigore il 1° aprile
- È efficace dal 1° luglio 2023
- Dal 1° luglio 2023 è abrogato il D.lgs. n. 50 del 2016 e cessano di avere efficacia le Linee Guida ANAC
- Alcune norme del nuovo codice acquisteranno efficacia a partire dal 1° gennaio 2024
- Alcune norme del d.lgs. n. 50 del 2016 continueranno ad applicarsi fino al 31 dicembre 2023

L'art. 226, comma 1, del nuovo Codice stabilisce che il vigente D.lgs. 50/2016 è abrogato dal 1° luglio 2023. Tuttavia, le sue disposizioni continuano ad applicarsi esclusivamente ai "procedimenti in corso", con ciò intendendosi:

- a) le procedure e i contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia;
- b) in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, le procedure e i contratti in relazione ai quali, alla data in cui il codice acquista efficacia, siano stati già inviati gli avvisi a presentare le offerte;
- c) per le opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione, oggetto di convenzioni urbanistiche o atti assimilati comunque denominati, i procedimenti in cui le predette convenzioni o atti siano stati stipulati prima della data in cui il codice acquista efficacia;
- d) per le procedure di accordo bonario di cui agli [articoli 210 e 211](#), di transazione e di arbitrato, le procedure relative a controversie aventi a oggetto contratti pubblici, per i quali i bandi o gli avvisi siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia, ovvero, in caso di mancanza di pubblicazione di bandi o avvisi, gli avvisi a presentare le offerte siano stati inviati prima della suddetta data.

La norma si applica anche ai fini della individuazione degli appalti PNRR in corso alla data del 1° luglio 2023.

Che vuol dire "pubblicati" sotto l'ombrello del D.lgs. n. 50 del 2016 (ovviamente)?

A livello operativo, infatti, si potrebbero presentare differenti ipotesi tenuto conto anche dell'importo della procedura nonché della tipologia di affidamento da gestire:

- è sufficiente **l'invio del bando alla GUUE o occorre attendere l'effettiva pubblicazione a livello europeo**, qualora la procedura sia sopra soglia?
- si può, diversamente, ritenere vincolante la disciplina contenuta nell'art.73 co.5 del d.lgs. n. 50 del 2016 in base al quale gli effetti giuridici che l'ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla data di pubblicazione sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC? E dunque, nelle more dell'attivazione della piattaforma ANAC giusta articolo 2 co.6 del DM 2 dicembre 2023 adottato dal MIT in attuazione dell'art.73 co.4 del Codice 50/2016, è possibile fare riferimento alla **pubblicazione del bando sulla GURI**?
- in alternativa, è possibile richiamare l'art.29 co.1 del D.Lgs.n.50/2016 **secondo cui i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla pubblicazione sul profilo del committente**?

Siccome non è la prima volta che passiamo da un Codice ad un altro possiamo fare riferimento ad ANAC e alla giurisprudenza.

Si può fare riferimento innanzi tutto ad un vecchio **Comunicato del Presidente di ANAC dell'11 maggio 2016**, ove si afferma:

"Le disposizioni del D.lgs. n. 163/2016 si applicano a tutti gli avvisi pubblicati entro il 19.04.2016, con una delle forme di pubblicità obbligatorie, e secondo le modalità, indicate dall'art. 66 del d.lgs. 163/06 in combinato disposto degli artt. 122 e ss. **Si tratta, in particolare, della Gazzetta Ufficiale**

dell'Unione Europea, della Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana o, laddove previsto, dell'Albo Pretorio o del profilo del committente”.

Poi ci sono alcune sentenze che si sono occupate del tema (entrambe sul sopra soglia):

Consiglio di Stato, sez. V, sent.n.5334 del 12/09/2018: occorre far riferimento alla pubblicazione del bando sulla Gazzetta Ufficiale

Consiglio di Stato, sez. III, sent.n.2549 del 29/05/2017: occorre far riferimento alla data di trasmissione del bando alla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea.

Si tratta di due orientamenti giurisprudenziali divergenti che non rendono facile l'individuazione della corretta scelta da adottare. Rispetto a ciò può farsi oggi riferimento al “Principio della fiducia” comma 3 ultimo periodo del D.Lgs.n.36/2023: *“Nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto. Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti.”*

In conclusione:

- fino al 30 giugno 2023 i bandi o gli avvisi pubblicati a quella data saranno disciplinati dal vecchio codice (c'è il tema della somma urgenza che entra in vigore prima per gli appalti del D.L. 63)
- dopo il 1° luglio 2023 gli appalti pubblicati dopo quella data saranno disciplinati dal nuovo codice (e in parte dal vecchio per le disposizioni che entrano in vigore a gennaio)
- dopo il 1° gennaio 2024 gli appalti pubblicati dopo quella data saranno disciplinati solo dal nuovo Codice

Poi ci sono tutti una serie di casi dubbi che cito richiamando sempre la comunicazione di ANAC che li sottopose, all'epoca, al d.lgs. n. 163/06.

1) affidamenti aggiudicati prima della data di entrata in vigore del nuovo Codice, per i quali siano disposti, fermo restando il divieto generale di rinnovo tacito e di proroga del contratto: il rinnovo del contratto o modifiche contrattuali derivanti da rinnovi già previsti nei bandi di gara; consegne, lavori e servizi complementari; ripetizione di servizi analoghi; proroghe tecniche – purché limitate al tempo strettamente necessario per l'aggiudicazione della nuova gara; varianti per le quali non sia prevista l'indizione di una nuova gara. Ciò, indipendentemente dal fatto che per tali fattispecie sia prevista l'acquisizione di un nuovo CIG, in quanto si tratta di fattispecie relative a procedure di aggiudicazione espletate prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice.

2) procedure negoziate indette, a partire dal 20.4.2016, in applicazione degli artt. 56, comma 1, lett. a) e 57, comma 2, lett. a) del d.lgs. 163/06, nei casi, rispettivamente, di precedenti gare bandite in vigenza del d.lgs. 163/06 andate deserte a causa della presentazione di offerte irregolari o inammissibili e della mancanza assoluta di offerte, purché la procedura negoziata sia tempestivamente avviata.

- 3) procedure negoziate per i contratti di cui all'allegato IIB e per i contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europee per le quali la stazione appaltante abbia pubblicato, in vigore del d.lgs. 163/06, un avviso esplorativo (indagine di mercato) finalizzato a reperire operatori interessati ad essere invitati a presentare offerta, purché sia certa la data di pubblicazione dell'avviso (ad esempio perché avvenuta sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea o della Repubblica Italiana), la procedura negoziata sia avviata entro un termine congruo dalla data di ricevimento delle manifestazioni di interesse e non siano intervenuti atti che abbiano sospeso, annullato o revocato la procedura di gara;
- 4) Affidamenti diretti o procedure negoziate in attuazione di accordi quadro aggiudicati prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice;
- 5) Adesioni a convenzioni stipulate prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice.

Un tema a parte è quello della disciplina sulle progettazioni che vale anche per gli appalti PNRR.

Per l'art. 225, comma 9, "a decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2, le disposizioni di cui all'articolo 23 (relativo ai livelli della progettazione) del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 continuano ad applicarsi ai procedimenti in corso".

A tal fine, per procedimenti in corso si intendono:

- le procedure per le quali è stato formalizzato l'incarico di progettazione alla data in cui il Nuovo Codice acquista efficacia. Che vuol dire che l'incarico è stato formalizzato? Determina di affidamento/stipula contratto?
- nel caso in cui l'incarico di redazione del progetto di fattibilità tecnico economica sia stato formalizzato prima della data in cui il codice acquista efficacia, la stazione appaltante può procedere all'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione dei lavori sulla base del progetto di fattibilità tecnico ed economica oppure sulla base di un progetto definitivo redatto ai sensi dell'articolo 23 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50.

Senza questa norma avremmo dovuto probabilmente fare riferimento al momento di approvazione dei progetti, il che sarebbe stato fonte di notevoli incertezze!

d) Contratti PNRR

I temi sono due:

- a) Quale disciplina si applica agli appalti PNRR
- b) Come si interpreta questa disciplina nel sistema di relazioni tra le norme in cui si inserisce

Il nostro punto di riferimento è l'art. 225, comma 8, del d.lgs. n. 36 del 2023.

Il testo elaborato dal Consiglio di Stato nulla prevedeva circa gli appalti del PNRR.

Il CDS prevedeva l'applicazione immediata entrata in vigore del Codice e l'immediata applicazione del nuovo Codice agli appalti PNRR da bandire dopo la sua entrata in vigore. Conseguentemente, anche la relazione del Consiglio di Stato, che costituisce una dei principali ausili per l'interpretazione del Codice non aiuta ad interpretare la norma.

Il testo finisce poi in mano al Consiglio dei Ministri.

L'originario art. 224, nel suo terzo comma, prevedeva l'abrogazione, tra gli altri, dell'art. 1 comma 1, lett. a) e b) del d.l. 76/2020 dalla data di entrata in vigore del nuovo impianto normativo.

Finché il Codice entrava in vigore ed era efficace il 1° aprile *nulla questio*.

Il testo bollinato sposta l'efficacia al 1° luglio 2023. Con l'efficacia spostata al 1° luglio 2023, ciò avrebbe, tra l'altro, comportato la reviviscenza delle norme codicistiche ordinarie nel periodo intercorrente tra il 1° aprile ed il 30 giugno 2023 (data che precede l'efficacia, pur non totale, del nuovo codice).

Inoltre, il cd. testo bollinato introduce per la prima volta una disposizione all'art. 225, comma 7, secondo cui "In relazione alle procedure di affidamento e ai contratti riguardanti investimenti pubblici, anche suddivisi in lotti, finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR e dal PNC, si applicano, anche dopo il 1° luglio 2023, le disposizioni di cui al decreto-legge 31 n. 77 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021".

Non si fa ovviamente riferimento al D.L. 13 del 2023

Il testo attuale:

- Non abroga più le disposizioni del D.L. 76
- Riscrive la norma sul periodo transitorio che diventa estremamente complessa ed articolata
- Per gli appalti PNRR prevede che *"8. In relazione alle procedure di affidamento e ai contratti riguardanti investimenti pubblici, anche suddivisi in lotti, finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR e dal PNC, nonché dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea, ivi comprese le infrastrutture di supporto ad essi connesse, anche se non finanziate con dette risorse, si applicano, anche dopo il 1° luglio 2023, le disposizioni di cui al decreto-legge n. 77 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021, al decreto-legge 24 febbraio 2023, n. 13, nonché le specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal PNRR, dal PNC nonché dal Piano nazionale integrato per l'energia e il clima 2030 di cui al regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018"*.

La disposizione del comma 8 va letteralmente smontata per essere compresa e poi applicata:

1. In relazione alle procedure di affidamento e ai contratti (quindi in relazione alla fase di affidamento e a quella di esecuzione) relativi agli investimenti PNRR (e quindi sopra soglia, sottosoglia, affidamenti diretti e gare, in house?)
2. Anche se suddivisi in lotti: suppongo che si faccia riferimento all'ombrello dello stesso CUP
3. Anche se finanziati in parte (quale parte?)
4. Anche le infrastrutture di supporto, anche se non finanziate PNRR

Dopo il 1° luglio 2023 agli appalti PNRR

1. Si applica il D.L. 77/2021
2. Si applica il D.L. 13 /2023
3. Si applicano le specifiche disposizioni volte a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal PNRR che spetta all'interprete reperire all'interno dell'ordinamento giuridico. che significa "specifiche disposizioni"?
 - a) potrebbero essere disposizioni contenute in altri provvedimenti diversi da quelli menzionati che riguardano comunque gli investimenti PNRR;
 - b) potrebbero essere disposizioni che hanno finalità acceleratorie e semplificatrici e sono funzionali all'obiettivo anche se non specificamente destinate al PNRR?

- c) oppure si potrebbe ritenere che l'interprete scelga la disposizione più semplificatrice e agevolatrice laddove vi siano più disposizioni astrattamente applicabili?

4. A seconda dei casi, il vecchio o il nuovo codice

Dentro i blocchi normativi del D.L. n. 77/2021 e del D.L. 13/2023 ci sono

- disposizioni speciali funzionali ad ottemperare gli obblighi relativi ai principi generali e trasversali del PNRR (es. art. 47, DNSH, titolare effettivo, ecc.);
- disposizioni speciali che dialogano direttamente con d.lgs. n. 50 del 2016 (es. l'art. 48, commi 2, 3 e 5 del D.L. 77);
- disposizioni speciali che dialogano con la disciplina emergenziale del d.l. 76 del 2020 e indirettamente con D.lgs. n. 50 del 2016 (art. 14, comma 4, che in realtà si limita a confermare l'applicabilità di alcune disposizioni del D.L. 76/2020);

Per le norme del secondo e del terzo tipo si aprono una serie di problemi:

- art. 226, comma 5, prevede che *“Ogni richiamo in disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti al [decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 del 2016](#), o al codice dei contratti pubblici vigente alla data di entrata in vigore del codice, si intende riferito alle corrispondenti disposizioni del codice o, in mancanza, ai principi desumibili dal codice stesso”*
Da qui dovrebbe desumersi che dopo il 1° luglio 2023, per gli appalti PNRR banditi dopo tale data, i riferimenti al vecchio codice contenuti nei D.L. 77/2021 e D.L. 13/2023 debbano essere riferiti al nuovo codice, se vi sono le corrispondenze o ai principi se non vi sono. Sarebbe la lettura più ovvia. Ma ne siamo proprio sicuri? *La relazione del Consiglio di Stato potrebbe suggerire anche un'altra possibile lettura*
- Le disposizioni del D.L. n. 76/2020 cui fa rinvio l'art. 14, comma 4, del D.L. 13 sono a tempo, ovvero fino al 31.12.2023 salvo che non sia previsto un termine più lungo. Scaduto questo tempo si applicano le disposizioni del codice vecchio, se banditi prima del 1° luglio, o quelle del codice nuovo se banditi dopo il 1° luglio;
- C'è la questione dei termini delle procedure (quelli del D.L. 76 sono più ristretti ed hanno una diversa decorrenza).
- Inoltre, l'applicabilità della disciplina del dl 76/2020 ha un riferimento diverso (determina a contrarre) mentre il D.lgs. n. 36 del 2023 ha come riferimento la pubblicazione. Alla mezzanotte del 31 dicembre dovremo chiederci cosa accadrà a quegli appalti con determina a contrarre nel 2023 e pubblicazione nel 2024; quale disciplina si applicherà?
La disciplina dl 76/nuovo codice o solo quella nuovo codice?
- C'è il tema della consegna in via d'urgenza dell'art. 8 del D.L. 76/2020 ... **“1. In relazione alle procedure pendenti disciplinate dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, ..., e in ogni caso per le procedure disciplinate dal medesimo decreto legislativo avviate a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto: D.L. 76/2020**
a) è sempre autorizzata la **consegna dei lavori in via di urgenza** e, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via d'urgenza ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, nelle more della verifica dei requisiti di cui all'articolo 80 del medesimo

decreto legislativo, nonché dei requisiti di qualificazione previsti per la partecipazione alla procedura”.

Rispetto alle altre non è più una disposizione a tempo (art. 224, comma 2, lett. b, del D.lgs. n. 36 del 2023).

Il dubbio è, per come è scritta, se essa si applichi solo gli appalti vecchio codice o se si applichi a quelli nuovo Codice? Perché il nuovo Codice ha una disciplina che prevede che la consegna in via d’urgenza:

- Nel sottosoglia debba essere effettuata dopo la verifica dei requisiti (art. 50, comma 6);
- Nel soprastoglia debba essere motivata e effettuata dopo la verifica dei requisiti (art. 17, comma 8 e comma 9)

Tirando le fila i problemi sono di due ordini:

- come si leggono i riferimenti al d.lgs. n. 50 del 2016 contenuti nella disciplina speciale dopo l’entrata in vigore del nuovo codice
- come ci si comporta nei casi dubbi: il D.L. n. 76 ha piegato il d.lgs. n. 50 del 2016; c’è da chiedersi se il D.L. n. 76 riuscirà a piegare anche il nuovo Codice o sarà a sua volta piegato.

Facciamo qualche esempio. Mi soffermo sui temi trattati nel convegno

- Art. 48, comma 2, del D.L. 77/2021: abbiamo un RUP del d.lgs. n. 50 del 2016, abbiamo un RUP Pnrr e uno del d.lgs. n. 36 del 2023. Il RUP PNRR ha caratteristiche sue peculiari: *“con propria determinazione adeguatamente motivata, valida e approva ciascuna fase progettuale o di esecuzione del contratto, anche in corso d’opera”*

Quesito 1357 del 14 giugno 2022

Con riferimento al quesito posto, si rappresenta che l’art. 48, comma 2, del D.L. n. 77/2021, conv. in L. n. 108/2021, nello stabilire che sia nominato, per ogni procedura di acquisti PNRR, un Responsabile Unico del Procedimento il quale *“con propria determinazione adeguatamente motivata, valida e approva ciascuna fase progettuale o di esecuzione del contratto, anche in corso d’opera”*, in primo luogo, fa espressamente salvo quanto previsto dall’art. 26, comma 6, del D.lgs. n. 50/2016, così confermando che l’attività di verifica della progettazione debba continuare ad essere svolta dai soggetti elencati dal Codice; in secondo luogo, conferma che l’atto di validazione debba essere sottoscritto dal RUP, come già stabilito dall’art. 26, comma 8, del Codice e ribadito nelle Linee Guida ANAC n. 3. **Ne deriva che la novità di maggior rilievo introdotta dal decreto in esame è la previsione per cui il RUP non debba limitarsi a sottoscrivere il provvedimento di validazione, bensì debba approvarlo mediante propria determinazione adeguatamente motivata.** Tanto premesso, alla luce delle finalità di accelerazione e snellimento delle procedure sottese al D.L. n. 77/2021, può ritenersi che l’art. 48 del decreto succitato, nell’ambito delle procedure PNRR/PNC, introduce una disciplina **che trova i propri punti qualificanti nella designazione di un responsabile unico del procedimento preposto (e, come tale, competente) a validare ed approvare ciascuna fase progettuale o di esecuzione del contratto, anche in corso d’opera, ferme restando le previsioni dell’art. 26, comma 6, del Codice, in relazione all’attività di verifica.**

Quesito 1723 del 10 gennaio 2023

La validazione ed approvazione richiesta dalla normativa PNRR non è sugli atti, ma sulle fasi. Il momento di detta validazione ed approvazione non è specificato dalla norma, dovendosi considerare collegata alla attività di buona gestione delle risorse del PNRR e, quindi, **connessa alla spesa ed alla rendicontazione della stessa**. Sono possibili approvazioni e validazioni cumulative di più attività e/o fasi. Al RUP è quindi lasciato un proprio margine di discrezionalità che dovrà attuare nel rispetto dei principi PNRR previsti dal D.L. 77/2021 e smi.

Quesito 1831 del 03/11/2023

L'art. 26 comma 8 prevede che "La validazione del progetto posto a base di gara è l'atto formale che riporta gli esiti della verifica." -art. 48 comma 1 del D.L. 77/2021: "E' nominato, per ogni procedura, un responsabile unico del procedimento che, con propria determinazione adeguatamente motivata, **valida e approva ciascuna fase progettuale o di esecuzione del contratto, anche in corso d'opera, fermo restando quanto previsto dall'articolo 26, comma 6**, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50". QUESITO: La validazione sottoscritta da RUP deve essere adottata con provvedimento amministrativo in genere? e per il PNRR? Esistono riferimenti, circolari, giurisprudenza di supporto? In genere da un confronto con colleghi, la validazione è un documento firmato digitalmente dal RUP.

Ai sensi dell'art. 48 comma 1 del DI 77/2021 **la validazione è attività di competenza del RUP e non necessita di ulteriori provvedimenti amministrativi salvo diversa indicazione in fonti regolamentari proprie di ogni SA, la previsione opera anche per gli appalti PNRR.**

- Art. 1, comma 2, b) D.L. 76 richiamato dal D.L. n. 13 (art. 14, comma 8) per il sottosoglia

Il Consiglio di Stato nella sua relazione fa una premessa. Le disposizioni dell'art. 1, comma 2, del D.L. 76/2020 hanno avuto un buon riscontro e quindi alcune di esse sono state messe a regime. Letta così sembrerebbe che l'art. 1, comma 2, del D.L. 76 del 2020 e l'art. 50 del D.lgs. n. 36 del 2023 siano sovrapponibili.

E invece non lo sono. La logica che le ispira non è la stessa, né potrebbe esserlo visto che, se non altro, quelle del Codice sono disposizioni ordinarie, mentre le altre sono emergenziali (a meno di non voler concludere il fatto che viviamo in una costante emergenza).

Affidamenti diretti

Quanto agli affidamenti diretti la differenza non è così decisiva.

Mi spiego: il D.L. 76 fa riferimento a "l'esigenza che siano scelti soggetti in possesso di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento" mentre l'art. 50 fa riferimento al fatto che "siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali".

Le differenze più significative sono legate a come opera il principio di rotazione, ma queste non attengono al D.L. 76 ma alle differenze tra il D.lgs. n. 50 e il D.lgs. n. 36 di cui vi parlerà Fabio Cassanelli

Negoziare senza bando sottosoglia

Art. 1, comma 2, b) D.L. 76 - procedura negoziata senza bando, di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti,

nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici.

Art. 50 D.lgs. n. 36 del 2023 - procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici

Il principio di rotazione si applica in base all'art. 49 del Codice.

Per la selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, le stazioni appaltanti non possono utilizzare il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate, nei casi in cui non risulti praticabile nessun altro metodo di selezione degli operatori.

Nella prima è (implicitamente) consentito il sorteggio che è anche l'unica soluzione se si ha molta fretta, e bisogna stare attenti alla diversa dislocazione territoriale

Nella seconda il sorteggio è vietato, e non si parla di diversa dislocazione territoriale

Ancora l'art. 1 comma 2, lett. b) del D.L. 76 fa riferimento alla procedura negoziata senza bando dell'art. 63 del D.lgs. n. 36 del 2023.

Per l'art. 50 il Consiglio di Stato scrive "Nel testo della norma in esame il riferimento alle procedure negoziate senza bando (comma 1, lettere c), d) ed e)) non è stato accompagnato, come invece avveniva nell'art. 1, comma 2 del decreto-legge n. 76 del 2020, dal richiamo all'art. 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016; né si è rinviato alla norma che nel nuovo codice disciplinerà la procedura negoziata nel soprasoglia.

Tale richiamo risulterebbe infatti inutile e anche foriero di incertezze, poiché la procedura negoziata sottosoglia è normata dalla disposizione in esame sia con riferimento ai presupposti che alle modalità di svolgimento, così che il richiamo stesso potrebbe ingenerare il dubbio, privo di fondamento, che siano altresì necessarie le ulteriori condizioni legittimanti proprie del soprasoglia".

Quindi cosa succede dopo il 1° luglio 2023? Come leggo il riferimento all'art. 63 del d.lgs. n. 50 del 2016, come all'art. 76 del nuovo codice? Il CDS mi suggerisce una lettura diversa...

Qual è la norma corrispondente in questo caso ai sensi dell'art. 226, comma 5, del D.Lgs. n. 36 del 2023?

E comunque la negoziata sottosoglia prevede la rotazione, l'art. 76 non prevede rotazione e quindi potrebbe non essere applicata.

Faccio poi riferimento alla necessaria verifica dell'interesse transfrontaliero da parte del RUP, che aveva determinato una lettera di messa in mora da parte della commissione europea del 6 aprile 2022 perché l'amministrazione non è obbligata a detta valutazione.

Nel decreto legislativo n. 50 del 2016 una previsione specifica sull'interesse transfrontaliero era contenuta nell'art. 97, comma 8, secondo cui l'esclusione automatica delle offerte anomale si applica ai contratti sottosoglia, che vengano aggiudicati al prezzo più basso, a condizione che non presentino interesse transfrontaliero. Le Linee Guida ANAC n. 4 (aventi ad oggetto "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") contenevano una previsione di portata più generale, statuendo che «per l'affidamento di appalti e concessioni di interesse transfrontaliero certo le stazioni appaltanti adottano le procedure di aggiudicazione adeguate e utilizzano mezzi di pubblicità atti a garantire in maniera effettiva ed efficace l'apertura del mercato alle imprese estere».

Nel nuovo codice invece si applicano le norme per il sopra soglia e basta.
Quindi il nostro RUP PNRR deve verificarlo oppure no?

Ancora il DL n. 76 esclude che la p.a. possa utilizzare procedure aperte nella sottosoglia; per il D.lgs. n. 50 è un'alternativa sempre percorribile, per il D.lgs. n. 36 ci vuole una motivazione nel caso di lavori sopra il milione di euro.

Un altro tema è quello della esclusione automatica dell'offerte anomale.

L'art. 1, comma 3, come, come noto consente l'esclusione automatica delle offerte anomale, nel sottosoglia, per appalti da aggiudicarsi al ribasso.

“Nel caso di aggiudicazione **con il criterio del prezzo più basso**, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'[articolo 97, commi 2, 2-bis e 2-ter, del decreto legislativo n. 50 del 2016](#), anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque”.

Invece l'art. 54 prevede che “Nel caso di aggiudicazione **con il criterio del prezzo più basso**, di contratti di appalto di lavori o servizi di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea che non presentano un interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti, in deroga a quanto previsto dall'articolo 110, prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultano anomale, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque”.

Come si può notare vi sono delle differenze:

- per gli appalti del PNRR è possibile fare il sorteggio;
- per gli appalti del PNRR non è necessaria la verifica dell'interesse transfrontaliero;
- per gli appalti del PNRR non è necessaria alcuna indicazione negli atti di gara dell'esclusione automatica delle offerte anomale;
- per gli appalti del PNRR il riferimento normativo sull'anomalia è la norma del codice 2016 oppure l'indicazione esplicitata nell'art. 54 del codice 2023?

Se l'innesto delle disposizioni del D.L. 76 era problematico ma gestibile, poiché le disposizioni del D.L. condividevano la logica del codice 2016, l'innesto delle disposizioni del D.L. 76 su quelle del D.lgs. n. 36 è più problematico. Le nuove norme sono successive e sono mosse da una logica volutamente diversa rispetto a quelle esistenti.

A me il dubbio che il riferimento al D.lgs. n. 50 non sia oggetto di sostituzione un po' viene, se sostengo che le norme del D.L. 76 sono così speciali che non sono incise dall'art. 226 del codice

Negoziata senza bando – sopra soglia

Il tema è ancora della procedura negoziata senza bando cui fanno riferimento sia il D.L. 76 nel sopra soglia sia il D.L. 77 nell'art. 48 comma 3 rinviando all'art. 63 del Codice.

Dopo lo switch del 1° luglio, l'art. 2 e l'art. 48 poggeranno non più sull'art. 63 ma sull'art. 76

Nel d.lgs. n. 36 del 2023, la negoziata senza bando è diversa da quella del d.lgs. n. 50 ed assomiglia a quella del d.lgs. n. 163:

- La gara informale si fa ove possibile
- Gli operatori sono 3 e non 5

- Non si fa menzione della rotazione che è invece espressamente prevista dal D.L. 76

Ci dice il Consiglio di Stato nella relazione:

“La procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara è stata interessata dalla disciplina dettata dal decreto-legge n. 76 del 2020, convertito dalla l. n. 120 del 2020, e dal decreto-legge n. 77 del 2021, convertito dalla l. n. 108 del 2021.

- Art. 2, comma 3, d.l. 76 - la procedura negoziata di cui all'[articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016](#), per i settori ordinari, e di cui all'[articolo 125](#), per i settori speciali, può essere utilizzata, previa pubblicazione dell'avviso di indizione della gara o di altro atto equivalente, **nel rispetto di un criterio di rotazione**, nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia da COVID-19 o dal periodo di sospensione delle attività determinato dalle misure di contenimento adottate per fronteggiare la crisi, i termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie non possono essere rispettati
- Art. 48, comma 3, d.l. 77 - Le stazioni appaltanti possono altresì ricorrere alla procedura di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016, per i settori ordinari, e di cui all'articolo 125, per i settori speciali, nella misura strettamente necessaria, quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da circostanze imprevedibili, non imputabili alla stazione appaltante, l'applicazione dei termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie può compromettere la realizzazione degli obiettivi o il rispetto dei tempi di attuazione di cui al PNRR nonché al PNC e ai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione Europea. Al solo scopo di assicurare la trasparenza, le stazioni appaltanti danno evidenza dell'avvio delle procedure negoziate di cui al presente comma mediante i rispettivi siti internet istituzionali. Ferma restando la possibilità, per gli operatori economici, di manifestare interesse a essere invitati alla procedura, la pubblicazione di cui al periodo precedente non costituisce ricorso a invito, avviso o bando di gara a seguito del quale qualsiasi operatore economico può presentare un'offerta.

Al riguardo, non si è ritenuto opportuno recepire tali previsioni, in quanto determinate da ragioni contingenti, riferite all'emergenza pandemica da Covid-19 o all'attuazione del PNRR, difficilmente stabilizzabili in un testo di portata generale di durata tendenzialmente indeterminata.

Non risultava opportuno neppure introdurre in ipotesi caratterizzate dall'urgenza del provvedere, obblighi ulteriori, non previsti dal diritto unionale, quali la previa pubblicazione dell'avviso di indizione della gara o di altro atto equivalente ovvero il rispetto del criterio di rotazione, fonte di rallentamenti incompatibili con il presupposto giustificativo della deroga al principio della pubblica gara.

Il mancato recepimento, nell'ambito del codice, delle disposizioni recate dal decreto-legge n. 76 del 2020 cit. e dal decreto-legge n. 77 del 2021 cit. in materia di procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara non significa che le fattispecie di urgenza qualificata ivi regolate, una volta cessato il periodo temporale di applicazione della legislazione speciale, non possano integrare le previsioni di cui al presente articolo, al ricorrere dei presupposti giustificativi delineati dal comma 2, lett. c)”.

In conclusione. Se dunque l'intento del legislatore era quello di favorire la realizzazione degli appalti PNRR mediante un quadro di regole stabili e certe, l'intreccio di norme speciali, emergenziali, ordinarie, vecchie e nuove, transitorie e a regime, produrrà nelle prossime settimane una situazione

complessa e di difficile decifrazione. Esattamente l'opposto di quello che occorre per mettere rapidamente a terra gli investimenti del PNRR.