

LE PIÙ RILEVANTI NOVITÀ DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Avv. Elisa Vannucci Zauli
25 Maggio 2023



Compliance Network

RETE PROFESSIONALE DI CONSULENZA E FORMAZIONE ALLE IMPRESE E ALLA P.A.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

REGIME TRANSITORIO

In attuazione della Legge delega 21 giugno 2022 n 78 è stato adottato [il decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36](#) recante il NUOVO «**CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI**» per lavori, servizi e forniture.

ART. 229:

Il Codice è entrato in vigore il 1 aprile 2023

Le disposizioni in esso contenute, con i relativi allegati (che sostituiscono Linee Guida ANAC e Decreti Ministeriali attuativi), eventualmente già sostituiti o modificati ai sensi delle relative disposizioni, **acquisteranno efficacia il 1 luglio 2023.**

Il Codice, in linea di principio, è un provvedimento auto applicativo (non necessita di norme di attuazione).

Conseguentemente (ART. 226):

Il D.LGS. 18 aprile 2016, n. 50 è abrogato dal 1 luglio 2023

Da quella data, ogni richiamo contenuto in disposizioni vigenti, al d.lgs n 50 del 2016 o al codice dei contratti 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.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

REGIME TRANSITORIO

ART. 226, C.2:

Il d.lgs. n. 50 del 2016 continua ad applicarsi ai **PROCEDIMENTI IN CORSO**, ossia:

- a) procedure e contratti con bandi o avvisi **pubblicati prima** della data in cui il codice acquista efficacia;
- b) in mancanza di pubblicazione, procedure e contratti in relazione ai quali siano stati **già inviati gli avvisi** a presentare offerta;
- c) procedimenti, per le opere di urbanizzazione a scomuto, **le cui convenzioni urbanistiche o atti assimilati comunque denominati, siano stati già stipulati**;
- d) procedure di accordo bonario di cui agli articoli 210 e 211, di transazione e di arbitrato, 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 predetta data;
- e) procedure per le quali è stato formalizzato l'incarico di progettazione, limitatamente all'art. 23. 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 tecnica ed economica oppure sulla base di un progetto definitivo redatto ai sensi dell'art. 23 citato.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

REGIME TRANSITORIO

CON ALCUNE ECCEZIONI:

- **CCT – COLLEGIO TECNICO CONSULTIVO (ART. 224, C. 1):** le disposizioni di cui agli artt. 215-219 si applicano da subito ai CCT - Collegi Consultivi Tecnici, anche se già costituiti ed operanti.
- **DETERMINAZIONI NELLA CONF. DEI SERVIZI SEMPLIFICATA (ART. 38, C. 12):** si applicano **anche ai procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore (NON DI EFFICACIA!) del Codice**, per i quali non sia ancora intervenuta la determinazione conclusiva della *Conferenza dei Servizi* di cui alla l. 241/90, **le disposizioni di cui al comma 11**, secondo le quali, le determinazioni delle amministrazioni coinvolte nella Conf. dei Servizi *semplificata* convocata dalla S.A. per l'approvazione del progetto di fattibilità tecnica nonché della localizzazione dell'opera ai sensi del comma 3, «in qualsiasi caso di dissenso o non completo assenso, *non possono limitarsi a esprimere contrarietà alla realizzazione delle opere o degli impianti, ma devono, tenuto conto delle circostanze del caso concreto, indicare le prescrizioni e le misure mitigatrici che rendano compatibile l'opera e possibile l'assenso, valutandone altresì i profili finanziari*».
- **PUBBLICITÀ (ART. 225, C.1):** fino al 31 dicembre 2023 gli avvisi e i bandi sono pubblicati, ai fini della decorrenza degli effetti di legge, nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti pubblici, dopo essere stati pubblicati in GUCE; e proseguono le pubblicazioni sulla piattaforma del Servizio contratti pubblici del MIMS, come previste dall'Allegato B al d.lgs. 33/2013 («*Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*»); e continua ad applicarsi il DM MIT 2.12.16 (*Definizione degli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara*). **Dal 1° gennaio 2024**, acquistano efficacia gli articoli 27, 81,83, 84 e 85 del nuovo Codice, ovvero **si pubblica sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici** ed è sempre quest'ultima a provvedere anche alla trasmissione dei dati all'Ufficio pubblicazioni dell'Ue. Ed è abrogato il DM MIT 2.12.2016.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

REGIME TRANSITORIO

CON ALCUNE ECCEZIONI (segue):

- **DIGITALIZZAZIONE (ART. 225, C.2): fino al 31 dicembre 2023**, ai fini dello svolgimento delle attività relative:
 - a) alla redazione o acquisizione degli atti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione dei contratti;
 - b) alla trasmissione dei dati e documenti relativi alle procedure di cui alla lettera a);
 - c) all'accesso alla documentazione di gara;
 - d) alla presentazione del DGUE;
 - e) alla presentazione delle offerte;
 - f) all'apertura e la conservazione del fascicolo di gara;
 - g) al controllo tecnico, contabile e amministrativo dei contratti anche in fase di esecuzione e la gestione delle garanzie,

continuano ad applicarsi le seguenti disposizioni del D.lgs. n. 50 del 2016:

- art. 21, co. 7 (Pubblicazione programma biennale degli acquisti di beni e servizi e triennale dei lavori pubblici),
- art 29 (Principi in materia di trasparenza),
- art. 40 (Obbligo di uso dei mezzi di comunicazione elettronici nello svolgimento di procedure di aggiudicazione),
- art. 41, co. 2-bis (divieto di porre a carico dei concorrenti, nonché dell'aggiudicatario, eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme),
- art. 44 (Digitalizzazione delle procedure),
- Art. 52 (Regole applicabili alle comunicazioni),
- Art. 53 (Accesso agli atti e riservatezza),
- Art. 58 (Procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione),
- Art. 74 (Disponibilità elettronica dei documenti di gara),
- Art. 81 (Documentazione di gara),
- Art. 85 (DGUE - Documento di gara unico europeo),
- Art. 105, co. 7 (verifica requisiti subappaltatore),
- Art. 111, co. 2-bis (metodologie di collegamento alla BDNCP),
- Art. 213, co. 8, 9 e 10 (Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici e Osservatorio dei contratti pubblici),
- Art. 214, co. 6 (Commissari straordinari).

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

REGIME TRANSITORIO

CON ALCUNE ECCEZIONI (segue):

- **PROCEDURE FINANZIATE CON RISORSE PNRR (ART. 225, C.8):** 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 (*Piano Nazionale per gli investimenti Complementari al PNRR*) nonché dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea SI CONTINUANO AD APPLICARE (anche dopo il 1 luglio 2023) le disposizioni di cui al D.L. 77/2021 (conv. in L. 108/2021) e di cui al D.L. 13/2023 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;
- **GARANZIE FIDEIUSSORIE E POLIZZE ASSICURATIVE (ART. 225, C.7):** fino all'adozione del decreto di cui all'art. 117, co. 12 (schemi tipo approvati), si applicano le disposizioni del DM MiSE n. 31/2018;
- **QUALIFICAZIONE STAZIONI APPALTANTI (ART. 225, C. 3):** il requisito di qualificazione di cui agli artt. a, co. 1, lett. c e 6, co. 1, lett. c dell'Allegato II.4 (**disponibilità di piattaforme di approvvigionamento digitale** di cui agli artt. 25 e 26 del codice) **è richiesto a decorrere dal 1° gennaio 2024;**
- **PROGETTAZIONE (ART. 225, C.9):** come già visto, a decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia, le disposizioni di cui all'articolo 23 relativo ai livelli della progettazione per gli appalti, concessioni di lavori nonché servizi del d.lgs. 50 2016 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 codice acquista efficacia.
- 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 S.A. **PUÒ** procedere all'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione dei lavori sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica **oppure** sulla base di **un progetto definitivo anch'esso redatto ai sensi dell'art. 23 citato vecchio Codice.**

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

I PRINCIPI

IL PRINCIPIO DEL RISULTATO (ART. 1)

Il **PRINCIPIO DEL RISULTATO** presuppone che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti **perseguano l'affidamento del contratto e della sua esecuzione** con la massima tempestività con il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza, perché:

«**la concorrenza tra gli o.e.**»: è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti;

«**la trasparenza**»: è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del Codice e ne assicura la piena verificabilità.

PRINCIPIO DEL RISULTATO già noto, perché nella sostanza attua principio buon andamento della P.A. (97 Cost.) + principi efficacia, efficienza ed economicità)

Tale principio costituisce **criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto** nonché per :

- **valutare la responsabilità del personale** che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti
- **attribuire gli incentivi** secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

I PRINCIPI

IL PRINCIPIO DELLA FIDUCIA (ART. 2)

Il **PRINCIPIO DELLA FIDUCIA**: l'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici.

Viene ripreso il principio di stampo civilistico (art. 1337 c.c.) della *buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto.*

Tale principio è diretto a favorire e valorizzare l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni, secondo il principio del risultato.

A ciò si collega poi una perimetrazione del concetto di colpa grave rilevante ai fini della responsabilità amministrativa dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti, con la precisazione che **costituisce COLPA GRAVE nelle attività di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici:**

- la violazione di norme di diritto e degli auto vincoli amministrativi
- la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza
- 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, invece, colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

I PRINCIPI

IL PRINCIPIO DELL'ACCESSO AL MERCATO (ART. 3)

Il **PRINCIPIO DELL'ACCESSO AL MERCATO**: le S.A. e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal Codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità e trasparenza, proporzionalità.

Tale principio è attuato dal Codice attraverso le seguenti disposizioni:

- Requisiti speciali (art. 10)
- Suddivisione in lotti (art. 58)
- Soppressione o riduzione garanzia provvisoria (art. 106)
- Criteri premiali di gara (art. 108)
- Contratti di partenariato sociale (art. 201)
- la Relazione annuale della Cabina di regia che tratta, tra l'altro, il livello di partecipazione delle MPMI agli appalti pubblici (art. 221)

Art. 4 - N.B.: I principi disciplinati dagli artt. 1, 2 e 3 del Codice **devono essere utilizzati per l'interpretazione delle norme del Codice (!).**

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

I PRINCIPI

PRINCIPI DI BUONA FEDE E TUTELA DELL’AFFIDAMENTO (ART. 5)

Nelle procedure di gara le S.A. e gli O.E. si comportano reciprocamente nel rispetto dei **PRINCIPI DI BUONA FEDE ED AFFIDAMENTO**.

Nel procedimento di gara, sussiste un affidamento dell’O.E. nel legittimo esercizio del potere da parte della P.A. e nella conformità del comportamento di quest’ultima al principio di buona fede

RESPONSABILITA’ ERARIALE

- **Conseguentemente**, si prevede che, **in caso di aggiudicazione annullata** (su ricorso di terzi o in autotutela), **l’affidamento risposto dall’aggiudicatario che ha poi perso il contratto, NON si considera incolpevole** se l’illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti.

Si precisa poi che, **nei casi in cui non spetta l’aggiudicazione**, il danno da lesione dell’affidamento è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall’interferenza del comportamento scorretto della P.A. sulle scelte contrattuali dell’operatore economico.

- Introdotta anche la possibilità per le committenti condannate al **risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso**, di attivare **azione di rivalsa nei confronti dell’aggiudicatario illegittimo**, che si sia reso autore di un comportamento illecito (*misura un po’ gravosa per le imprese: eccessivamente generica e non circoscritta ai casi in cui la condanna abbia carattere definitivo*).

Occasione mancata: manca purtroppo la messa a regime di quanto introdotto in via transitoria – sino al 30 giugno 2023 – dal d.l. “Semplificazioni” n. 76/2020, **che ha stabilito la rilevanza del dolo**, oltre alla colpa grave, **solo nei casi di condotte omissive**. Previsione, questa, particolarmente rilevante nell’ottica di incentivare la politica del “fare” e contrastare il fenomeno patologico della “burocrazia difensiva” e della “paura della firma”.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

I PRINCIPI

PRINCIPI DI AUTO-ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA (ART. 7)

Il nuovo Codice estende il principio di libera autorganizzazione delle autorità pubbliche, contenuto nell'art. 2 della direttiva 23/2014 sulle concessioni, anche ai contratti di appalto

Viene quindi posta **SU UN PIANO DI PARITÀ** la scelta delle stazioni appaltanti di ricorrere:

- alla **autoproduzione** (anche tramite società *in house*),
- all'**esternalizzazione**
- ovvero alla **cooperazione pubblico-pubblico** (tra più S.A. per il perseguimento di obiettivi di interesse comune)

Con particolare riferimento al ricorso all'autoproduzione, si richiede, in caso di affidamento *in house*, l'adozione di un apposito provvedimento motivato che dia conto dei vantaggi per la collettività del ricorso a tale forma di affidamento nonché della congruità economica della prestazione stessa.

La previsione relativa all'*in house* potrebbe rischiare di ampliare eccessivamente le ipotesi in cui è consentito il ricorso a detto istituto. Tale lettura va però mitigata tenendo conto che, come ribadito dalla Corte costituzionale (sentenza 27 maggio 2020, n. 100), il principio di libera autorganizzazione delle autorità pubbliche di cui alla direttiva 23/2014 **non impone** l'applicazione a livello interno del criterio di parità delle scelte organizzative della PA. In ogni caso, infatti, l'ordinamento nazionale deve seguire una direttrice **pro concorrenziale**, volta ad allargare il ricorso al mercato e a restringere il ricorso all'affidamento diretto, per evitare l'abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

I PRINCIPI

PRINCIPIO DI AUTONOMIA CONTRATTUALE (ART. 8)

Nel perseguire le proprie finalità istituzionali le P.A. sono dotate di **autonomia contrattuale** e possono concludere qualsiasi contratto, anche gratuito, salvi i divieti espressamente previsti dal codice e da altre disposizioni di legge.

TUTTAVIA, **le prestazioni d'opera intellettuale** non possono essere rese dai professionisti gratuitamente, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione.

Salvo i predetti casi eccezionali, la P.A. garantisce comunque l'applicazione del **principio dell'equo compenso**.

Le pubbliche amministrazioni **possono ricevere, PER DONAZIONE, beni o prestazioni** rispondenti all'interesse pubblico senza obbligo di gara.

Restano ferme le disposizioni del codice civile in materia di forma, revocazione e azione di riduzione delle donazioni.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

I PRINCIPI

PRINCIPIO DI CONSERVAZIONE DELL'EQUILIBRIO CONTRATTUALE (ART. 9)

Una norma che dà seguito agli strumenti post Covid e guerra in Ucraina (decreti Aiuto, decreti compensazione, obbligo inserimento clausola revisione prezzi)

1. Se sopravvengono **circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata**, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, **ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali**.

Le S.A., a tal fine, attingono

- alle somme a disposizione nel QE alle voci imprevisti e accantonamenti;
- se necessario, utilizzano le economie da ribasso d'asta.

2. La rinegoziazione si limita al ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento, senza alterarne la sostanza economica.

3. Se le circostanze sopravvenute rendono la prestazione, **in parte o temporaneamente, inutile o inutilizzabile per uno dei contraenti, questi ha diritto a una riduzione proporzionale del corrispettivo, secondo le regole dell'impossibilità parziale**.



IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

I PRINCIPI

Comma 5: In applicazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale si applicano le disposizioni di cui agli artt. 60 e 120 del Codice.

ART. 60: LA REVISIONE DEI PREZZI

(differenza dalla rinegoziazione: nella revisione si interviene solo sui prezzi; nella rinegoziazione si può ridefinire il contenuto anche delle prestazioni tecniche)

Nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento è **obbligatorio** l'inserimento delle clausole di revisione prezzi.

2. Queste clausole non apportano modifiche che alterino la natura generale del contratto o dell'accordo quadro; si **attivano al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva, non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta**, che determinano una variazione del costo dell'opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al 5% per cento dell'importo complessivo e operano nella misura del 80% per cento della variazione stessa, in relazione alle prestazioni da eseguire.

3. Ai fini della determinazione della variazione dei costi e dei prezzi di cui al comma 1, si utilizzano i seguenti indici sintetici elaborati dall'ISTAT:

con riguardo ai contratti di lavori, gli indici sintetici di costo di costruzione;

b) con riguardo ai contratti di servizi e forniture, **gli indici dei prezzi al consumo, dei prezzi alla produzione dell'industria e dei servizi e gli indici delle retribuzioni contrattuali orarie**.

Gli indici di costo e di prezzo di cui al comma 3 sono pubblicati, unitamente alla relativa metodologia di calcolo, sul portale istituzionale dell'ISTAT in conformità alle pertinenti disposizioni normative europee e nazionali in materia di comunicazione e diffusione dell'informazione statistica ufficiale. Con provvedimento adottato dal Ministero dell'infrastrutture e dei trasporti, sentito l'ISTAT, sono individuate eventuali ulteriori categorie di indici ovvero ulteriori specificazioni tipologiche o merceologiche delle categorie di indici individuate dal comma 3 nell'ambito degli indici già prodotti dall'ISTAT.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

I PRINCIPI

segue:

4. Per far fronte ai maggiori oneri derivanti dalla revisione prezzi di cui al presente articolo le stazioni appaltanti utilizzano:

a) nel limite del 50 per cento, le risorse appositamente accantonate per imprevisti nel quadro economico di ogni intervento, fatte salve le somme relative agli impegni contrattuali già assunti, e le eventuali ulteriori somme a disposizione della medesima stazione appaltante e stanziare annualmente relativamente allo stesso intervento;

b) le somme derivanti da ribassi d'asta, se non ne è prevista una diversa destinazione dalle norme vigenti;

c) le somme disponibili relative ad altri interventi ultimati di competenza della medesima stazione appaltante e per i quali siano stati eseguiti i relativi collaudi o emessi i certificati di regolare esecuzione, nel rispetto delle procedure contabili della spesa e nei limiti della residua spesa autorizzata disponibile. Per gli interventi finanziati attraverso le risorse previste dal PNRR le stazioni appaltanti possono anche avvalersi del Fondo per la prosecuzione delle opere pubbliche di cui all'articolo 7, comma 1, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120.

*

ART. 120, COMMA 8: LA RINEGOZIAZIONE AI FINI DI CONSERVAZIONE DELL'EQUILIBRIO CONTRATTUALE

art. 120, comma 8: Il contratto è sempre modificabile ai sensi dell'articolo 9 (Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale) e nel rispetto delle clausole di rinegoziazione contenute nel contratto.

Nel caso in cui queste non siano previste, la richiesta di rinegoziazione va avanzata senza ritardo e non giustifica, di per sé, la sospensione dell'esecuzione del contratto.

Il RUP provvede a formulare **la proposta di un nuovo accordo** entro un termine non superiore a 3 mesi.

Nel caso in cui non si pervenga al nuovo accordo entro un termine ragionevole, la parte svantaggiata **può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario**, salva la responsabilità per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

I PRINCIPI

PRINCIPI DI TASSATIVITÀ DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE E DI MASSIMA PARTECIPAZIONE (ART. 10)

La norma afferma in modo chiaro il divieto di affidamento dei contratti pubblici agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice.

Le cause di esclusione di cui agli art 94 e 95 **sono TASSATIVE** e **integrano di diritto i bandi e le lettere d'invito.**

Le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione **sono NULLE e si considerano NON APPOSTE.**

Si prevede, poi, la possibilità per le S.A. di introdurre **requisiti speciali** di carattere economico finanziario e tecnico professionali **purché attinenti e proporzionati all'appalto e non ostativi a consentire il più AMPIO numero di potenziali concorrenti ed alla crescita delle PMI.**

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

I PRINCIPI

PRINCIPIO DI APPLICAZIONE DEI CCNL DI SETTORE...E NON SOLO (ART. 11)

Tale principio è declinato, al comma 1 con la stessa formulazione dell'attuale art. 30, comma 4, d.lgs. n. 50 2016: *al personale impiegato in appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente*

Comma 2: obbligo di indicazione nel bando del contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto; ma – comma 3 – gli operatori economici **possono indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo applicato** purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante.

Le stazioni appaltanti assicurano che le medesime tutele normative ed economiche **siano garantite ai lavoratori in subappalto.**

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

LA DIGITALIZZAZIONE

Digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti

Rispetto al D.Lgs. 50/2016, che già prevedeva la digitalizzazione delle procedure all'art. 44, il nuovo Codice si spinge ben più in là, mettendo **le basi per un “ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale (e-procurement)”** (art. 22), composto da **piattaforme telematiche “certificate”, che assicurano l'interoperabilità dei servizi svolti (art. 22) e dai servizi digitali in uso alle Stazioni Appaltanti** – con al centro la **Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici** e il **Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico** gestiti da ANAC - che nel loro complesso **consentiranno il monitoraggio completo del ciclo dei contratti pubblici, dalla programmazione alle fasi post-aggiudicazione.**

Tutte le gare transitano attraverso le piattaforme abilitate, pertanto le stazioni appaltanti non dotate di una propria piattaforma devono avvalersi di quelle messe a disposizione da altre stazioni appaltanti (art. 25).

Interoperabilità

Affinché l'ecosistema suddetto possa funzionare, è essenziale che tutti i nodi che lo compongono **utilizzino dati nativamente digitali e che dialoghino con la Banca Dati Nazionale e con il FVOE centralizzato**, attraverso **specifiche tecniche di interoperabilità** dei sistemi ancora in via di definizione da parte di AgID.

Gli obblighi informativi verso la BDNCP, attraverso le piattaforme telematiche, riguardano anche gli affidamenti diretti a società in house (art. 23).

Qualificazione S.A. e CUC: le piattaforme digitali diventano un requisito fisso

Per quanto concerne il processo di qualificazione, **l'utilizzo di piattaforme digitali**

- è previsto come **elemento premiante fino al 31 dicembre 2023**;
- diventa **requisito obbligatorio** la disponibilità di piattaforme telematiche di approvvigionamento dal **1° gennaio 2024**.

Trasparenza dei contratti pubblici

Tutte le informazioni relative alle diverse fasi dei contratti dovranno essere **tempestivamente rendicontate all'interno della BDNCP**, e allo stesso tempo dovranno essere accessibili nella sezione “Amministrazione trasparente” del sito istituzionale.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

LA DIGITALIZZAZIONE

ART. 23 - BANCA DATI DEI CONTRATTI PUBBLICI

1. L'ANAC è titolare in via esclusiva della Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 62- bis del codice dell'amministrazione digitale, abilitante l'ecosistema nazionale di e-procurement.
2. L'ANAC individua con propri provvedimenti le sezioni in cui si articola la banca dati e i servizi ad essa collegati.
3. La Banca dati nazionale dei contratti pubblici è interoperabile con le piattaforme di approvvigionamento digitale utilizzate dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti per la digitalizzazione di tutte le fasi del ciclo di vita dei contratti pubblici e con tutte le altre piattaforme e banche dati dei soggetti coinvolti nell'attività relativa al ciclo di vita dei contratti pubblici. I soggetti di cui all'articolo
4. Con proprio provvedimento l'ANAC **individua le informazioni che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti sono tenuti a trasmettere alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici attraverso le piattaforme telematiche.**
6. L'ANAC rende disponibili ai sistemi informativi regionali competenti per territorio.

ART. 23 – FASCICOLO VIRTUALE DELL'OPERATORE ECONOMICO

1. Presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici opera il fascicolo virtuale dell'operatore economico che consente la verifica dell'assenza **delle cause di esclusione** di cui agli articoli 94 e 95 e della sussistenza **dei requisiti speciali** richiesti in gara.
2. Il fascicolo virtuale dell'operatore economico è utilizzato per la partecipazione alle procedure di affidamento disciplinate dal codice. I dati e i documenti contenuti nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, nei termini di efficacia di ciascuno di essi, sono aggiornati automaticamente mediante interoperabilità e sono utilizzati in tutte le procedure di affidamento cui l'operatore partecipa.
3. L'ANAC garantisce l'accessibilità al fascicolo virtuale dell'operatore economico alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti, agli operatori economici e agli organismi di attestazione di cui all'articolo 100, comma 4, limitatamente ai dati di rispettiva competenza. L'ANAC può predisporre elenchi aggiornati di operatori economici già accertati secondo quanto previsto dal comma 1 e le modalità per l'utilizzo degli accertamenti per procedure di affidamento diverse.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

LA DIGITALIZZAZIONE

ART. 31 - ANAGRAFE DEGLI OPERATORI ECONOMICI PARTECIPANTI AGLI APPALTI.

1. È istituita presso l'ANAC l'Anagrafe **degli operatori economici a qualunque titolo coinvolti nei contratti pubblici**, che si avvale del registro delle imprese.
2. L'Anagrafe censisce gli operatori economici di cui al comma 1, nonché i soggetti, le persone fisiche e **i titolari di cariche ad essi riferibili**.
3. Per le persone fisiche di cui al comma 2 l'Anagrafe assume valore certificativo per i ruoli e le cariche rivestiti non risultanti dal registro delle imprese.
4. I dati dell'Anagrafe sono resi disponibili a tutti i soggetti operanti nell'ambito dell'ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale, attraverso le piattaforme di cui agli articoli 23, 24 e 25, per i trattamenti e le finalità legati alla gestione del ciclo di vita dei contratti pubblici.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

LA DIGITALIZZAZIONE

Art. 43 del Codice: in particolare la DIGITALIZZAZIONE DIVENTA OBBLIGATORIA PER «LE COSTRUZIONI» (compresi servizi e forniture connessi) sopra 1 milione di euro.

Comma 1 - decorrere dal 1° gennaio 2025, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano **metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni per la progettazione e la realizzazione di opere di nuova costruzione e per gli interventi su costruzioni esistenti per importo a base di gara superiore a 1 milione di euro.**

La disposizione non si applica agli interventi di ordinaria e straordinaria manutenzione, a meno che essi non riguardino opere precedentemente eseguite con l'uso dei suddetti metodi e strumenti di gestione informativa digitale.

Facoltà delle S.A., al di fuori dell'Hp suddetta, di adottare metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni, eventualmente prevedendo nella documentazione di gara un punteggio premiale relativo alle modalità d'uso di tali metodi e strumenti.



L' Allegato I.9 definisce «Metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni»

Aspetti di rilievo:

- Le stazioni appaltanti utilizzano **piattaforme interoperabili** mediante formati aperti non proprietari... Le informazioni prodotte sono gestite tramite flussi informativi digitalizzati all'interno di un ambiente di condivisione dei dati e **sono condivise tra tutti i partecipanti** al progetto, alla costruzione e **alla gestione dell'intervento.** I dati sono fruibili secondo formati aperti non proprietari e **standardizzati da organismi indipendenti**, in conformità alle specifiche tecniche di cui al comma 6, **in modo da non richiedere l'utilizzo esclusivo di specifiche applicazioni tecnologiche.**

- **Il coordinamento, la direzione e il controllo tecnico-contabile dell'esecuzione dei contratti pubblici, possono** essere svolti mediante l'utilizzo dei metodi e degli strumenti di gestione informativa digitale. A questo fine, se il direttore dei lavori non è in possesso delle competenze necessarie, **all'interno del suo ufficio è nominato un coordinatore dei flussi informativi.** Per il collaudo finale o la verifica di conformità, l'affidatario consegna il modello informativo dell'opera realizzata per la successiva gestione del ciclo di vita del cespite immobiliare o infrastrutturale. La verifica di questo modello rientra fra le attività di collaudo e di verifica di conformità.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

LE NOVITÀ NELLA FIGURA DEL RUP

Si chiama sempre RUP, ma nel nuovo Codice è l'acronimo di
Responsabile unico del PROGETTO.

L'art. 15 del Nuovo Codice continua a prevedere che è UNICO per le fasi della programmazione, della progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione, ma **le S.A. hanno la possibilità (non l'obbligo) di nominare un responsabile del PROCEDIMENTO per le fasi della programmazione, della progettazione e dell'esecuzione e un responsabile del PROCEDIMENTO distinto per la fase di affidamento, ferme però restando le funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento del RUP.**

VECCHIO CODICE: *l'art. 31 si applica solo alle stazioni appaltanti che sono pubbliche amministrazioni o enti pubblici. Le altre stazioni appaltanti «sono tenute a individuare, secondo i propri ordinamenti e nel rispetto dei criteri di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza, uno o più soggetti cui affidare i compiti propri del responsabile del procedimento, limitatamente al rispetto delle norme del Codice alla cui osservanza sono tenute. Questo significa che anche tali soggetti avranno l'obbligo di nominare il RUP quantomeno per gli affidamenti per i quali sono tenuti al rispetto del Codice, ma non saranno vincolati dai requisiti e criteri imposti dalle Linee Guida (peraltro, definite vincolanti dal C.d.S.)*

NUOVO CODICE (art. 15): *tutte le Stazioni appaltanti e gli enti concedenti nominano il RUP nel rispetto dei requisiti richiesti nell'allegato I.2 al Codice.*

MA, ART. 15, COMMA 2: *le stazioni appaltanti e gli enti concedenti che non sono pubbliche amministrazioni o enti pubblici individuano, secondo i propri ordinamenti, uno o più soggetti cui affidare i compiti del RUP, limitatamente al rispetto delle norme del codice alla cui osservanza sono tenute (quindi di fatto come prima!).*

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

LE NOVITÀ NELLA FIGURA DEL RUP

VECCHIO CODICE: il RUP deve essere individuato tra i dipendenti di ruolo addetti all'unità organizzativa titolare del potere di spesa e dotati del «necessario inquadramento giuridico in relazione alla struttura della P.A.» - tradotto dalle L.G. - inquadriati come dirigenti o dipendenti con funzioni direttive (in carenza di organico, RUP nominato tra altri dipendenti in servizio con analoghe caratteristiche);

NUOVO CODICE (art. 15): il RUP deve essere individuato *tra i dipendenti assunti anche a tempo determinato della stazione appaltante o dell'ente concedente, anche non aventi qualifica dirigenziale, preferibilmente in servizio presso l'unità organizzativa titolare del potere di spesa, in possesso dei requisiti di cui all'allegato I.2 e di competenze professionali adeguate in relazione ai compiti al medesimo affidati, nel rispetto dell'inquadramento contrattuale e delle relative mansioni.*

CONTRADDIZIONE nell'art. 2, comma 1, del All. I.2. : «il RUP è nominato tra i dipendenti di ruolo» - ma allora sarebbero esclusi i dipendenti a tempo determinato! – direi che prevale il Codice

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

LE NOVITÀ NELLA FIGURA DEL RUP

I REQUISITI PER RICOPRIRE L'INCARICO DI RUP

VECCHIO CODICE: i **REQUISITI DI PROFESSIONALITÀ** che deve possedere il RUP, sono specificati dalle Linee Guida ANAC n.3, che individua, **in relazione all'importo dell'affidamento, titolo di studio e anni esperienza/anzianità** nell'ambito della programmazione, della progettazione e dell'affidamento o esecuzione di appalti e concessioni richiesti.

NUOVO CODICE (art. 4 del All. I.2): REQUISITI RUP nei LAVORI e nei SIA (non + titoli di studio specifici!)

1. Il RUP deve essere **un tecnico abilitato all'esercizio della professione**, o, quando l'abilitazione non sia prevista dalle norme vigenti, un tecnico anche di qualifica non dirigenziale che **deve essere in possesso di titolo di studio e di esperienza e formazione professionale specifiche**.
2. **La formazione professionale è soggetta a costante aggiornamento ai sensi dell'articolo 15, comma 7, del codice, che prevede l'obbligo per le S.A. di prevedere un piano di formazione del personale che lavora negli appalti.**
3. **Il RUP deve aver maturato un'adeguata esperienza** nello svolgimento di attività analoghe a quelle da realizzare in termini di natura, complessità e/o importo dell'intervento:
 - a) di almeno 1 anno per i contratti di importo inferiore a 1.000.000 di euro;
 - b) di almeno 3 anni per i contratti di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro e inferiore alla soglia di cui all'articolo 14 del codice;
 - c) di almeno 5 anni per i contratti di importo pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 14 del codice.
4. **In mancanza di abilitazione all'esercizio della professione**, il RUP è un tecnico in possesso di esperienza nel settore dei contratti lavori e SIA, di almeno 5 anni, attestata anche dall'anzianità di servizio maturata.
5. **Nelle procedure di affidamento di lavori particolarmente complessi**, il RUP possiede un'esperienza professionale di almeno 5 anni nell'ambito delle attività di programmazione, progettazione, affidamento o esecuzione di appalti e concessioni di lavori + una laurea magistrale o specialistica nelle materie oggetto dell'intervento da affidare + adeguata competenza quale Project Manager, acquisita anche mediante la frequenza, con profitto, di corsi di formazione in materia di Project Management.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

LE NOVITÀ NELLA FIGURA DEL RUP

I REQUISITI PER RICOPRIRE L'INCARICO DI RUP

VECCHIO CODICE: i **REQUISITI DI PROFESSIONALITÀ** che deve possedere il RUP, sono specificati dalle Linee Guida ANAC n.3, che individua, **in relazione all'importo dell'affidamento**, titolo di studio e anni esperienza/anzianità nell'ambito della programmazione, della progettazione e dell'affidamento o esecuzione di appalti e concessioni richiesti.

NUOVO CODICE (art. 5 del All. I.2): **REQUISITI RUP nei SERVIZI E FORNITURE** Nuovo Codice, art. 5 del All. I.2

1. Il RUP deve essere in possesso di **titolo di studio di livello adeguato e di esperienza professionale soggetta a costante aggiornamento** ai sensi dell'articolo 15, comma 7, del codice, maturata nello svolgimento di attività analoghe a quelle da realizzare in termini di natura, complessità e importo dell'intervento, in relazione alla tipologia e all'entità dei servizi e delle forniture da affidare.
2. -Nello specifico, il RUP **deve essere in possesso di esperienza nel settore dei contratti di servizi e forniture**, attestata anche dall'anzianità di servizio maturata:
 - a) di almeno 1 anno per gli importi inferiori alla soglia di cui all'articolo 14 del codice;
 - b) di almeno 3 anni per gli importi pari o superiori alla soglia di cui all'articolo 14 del codice.
3. **Per le forniture o i servizi connotati da particolari caratteristiche tecniche**, quali dispositivi medici, dispositivi antincendio, sistemi informatici e telematici, **la stazione appaltante può richiedere**, **oltre ai requisiti di esperienza suddetti**, il **possesso della laurea magistrale nonché di specifiche comprovate competenze**.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

LE NOVITÀ NELLA FIGURA DEL RUP

I REQUISITI PER RICOPRIRE L'INCARICO DI RUP

Per l'Hp in cui l'organico della S.A. presenti carenze accertate o in esso non sia compreso nessun soggetto in possesso della professionalità sopra ricordata:

- nel caso di affidamento di lavori e S.I.A., il RUP deve essere un tecnico (v. 31, c. 6): se manca, le competenze sono attribuite al **Dirigente o al** responsabile del servizio nel cui ambito di competenza rientra l'intervento da realizzare (31, C. 8);

- negli altri casi, la S.A. può individuare RUP anche un dipendente carente dei requisiti (ma con funzioni direttive), ma affida l'incarico di **supporto al RUP** ad altri dipendenti in possesso del requisiti mancanti al RUP o, in mancanza, a soggetti esterni nominati ex art. 31, c. 11. muniti di assicurazione r.c. professionale;

- per appalti di particolare complessità, che richiedono valutazioni e competenze altamente specialistiche: il RUP propone alla S.A. di conferire appositi incarichi a supporto dell'intera procedura o parte di essa, da individuare sin dai primi atti di gara (31, C. 7).

Art. 15, c. 6, nuovo Codice: le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono istituire una struttura di supporto al RUP, e possono destinare risorse finanziarie **non superiori all'1 per cento dell'importo posto a base di gara per l'affidamento diretto da parte del RUP di incarichi di assistenza al medesimo** (può essere un importo molto alto: rischio affidamenti diretti sopra soglia!!! **SCONGIURATO DA LETTURA COMBINATA ART. 50**)

Art. 3, All. I.2 al nuovo Codice: la stazione appaltante può istituire una struttura stabile a supporto del RUP e può conferire, su proposta di quest'ultimo, incarichi per la migliore realizzazione dell'intervento pubblico, **nel caso di appalti di particolare complessità** che richiedano valutazioni e competenze altamente specialistiche. La struttura di supporto al RUP può essere istituita anche in comune fra più stazioni appaltanti, previa sottoscrizione di accordi ai sensi dell'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

LE PROCEDURE SOTTO-SOGLIA

**REGIME VIGENTE INTRODOTTO DAL D.L. Semplificazioni 76/2020 (come modific con D.L. 77/2021) –
CONFERMATO DA NUOVOP CODICE CON ALCUNE PRECISAZIONI**

Per i lavori:

- **affidamento diretto** per importo inferiore a 150.000 euro, senza obbligo di consultare un minimo di 3 operatori (oggi precisato espressamente dal D.L. 77/2021); (Nuovo Codice) assicurando che siano scelti soggetti in possesso di **documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante.**
- **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, per importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro;
 - previa consultazione di almeno **dieci operatori economici**, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per importi pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie comunitarie (art. 35 Codice vigente e **art. 14 Nuovo Codice**); (Nuovo Codice) **salva la possibilità di ricorrere alle procedure di scelta del contraente di cui alla Parte IV del Codice...quindi solo qui ammessa alternativa procedure ordinarie;**

Per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione:

- **affidamento diretto** per importo inferiore a 140.000 euro, senza obbligo di consultare un minimo di operatori; (Nuovo Codice) assicurando che siano scelti soggetti in possesso di **documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante.**
- **procedura negoziata**, senza bando previa consultazione di almeno **cinque operatori economici** per importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie comunitarie (ma per P.A. centrali, qui siamo già sopra soglia!)

Novità nuovo Codice (art. 48, comma 2): quando per uno dei contratti «sotto-soglia» la S.A. **accerta l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, segue le procedure ordinarie.**

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

LE PROCEDURE SOTTO-SOGLIA

**REGIME VIGENTE INTRODOTTO DAL D.L. Semplificazioni 76/2020 (come modific con D.L. 77/2021) –
CONFERMATO DA NUOVOP CODICE CON ALCUNE PRECISAZIONI**

TERMINI DI CONCLUSIONE DEL PROCEDIMENTO:

Salve le ipotesi in cui la procedura sia sospesa per effetto di provvedimenti dell'autorità giudiziaria, **l'AGGIUDICAZIONE o l'INDIVIDUAZIONE DEFINITIVA DEL CONTRAENTE AVVIENE entro il termine di due mesi dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento, aumentati a quattro mesi PER LE PROCEDURE NEGOZiate.**

*Il mancato rispetto dei termini di cui al secondo periodo, la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso **possono essere valutati ai fini della responsabilità del responsabile unico del procedimento per danno erariale** e, qualora imputabili all'operatore economico, costituiscono causa di esclusione dell'operatore dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento che viene senza indugio dichiarata dalla stazione appaltante e opera di diritto.*

NEL NUOVO CODICE

PER AFFIDAMENTI DIRETTI: è riprodotta la stessa disposizione

PER PROCEDURE NEGOZiate (v. art. 17, c. 3 e All. I.3): le stazioni appaltanti e gli enti concedenti concludono le procedure di selezione nei termini indicati nell'allegato I.3 (**4 mesi per procedura negoziata con OEPV, 3 mesi con PPB**). Il superamento dei termini costituisce **silenzio inadempimento** e rileva anche al fine della verifica del rispetto del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

LE PROCEDURE SOTTO-SOGLIA

PRINCIPIO DI ROTAZIONE – ART. 49 nuovo Codice

ART. 49, COMMA 1: TUTTI GLI AFFIDAMENTI SOTTO-SOGLIA DEVONO AVVENIRE NEL RISPETTO del **principio di rotazione «degli affidamenti»** (non più degli «inviti!»), *fatta eccezione per gli affidamenti di importo inferiore ad euro 5.000.*

Il principio di rotazione è valido solo per il **contraente uscente**, nei casi in cui **i due consecutivi affidamenti abbiano avuto a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico,**

oppure

nella stessa categoria di opere,

oppure

nello stesso settore di servizi.

Per i contratti affidati con procedure negoziate senza bando, le stazioni appaltanti **non applicano il principio di rotazione quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici** in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura (art.49,comma5).

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

LE PROCEDURE SOTTO-SOGLIA

DIVIETO DI SORTEGGIO – ART. 50, C. 2 nuovo Codice

*Si prevede il divieto per le stazioni appaltanti di utilizzare **ai fini della selezione degli operatori da invitare** alle procedure negoziate, il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi*

Eccezioni:

- 1. La presenza di situazioni particolari e specificamente motivate,*
- 2. Non risulti praticabile nessun altro metodo di selezione degli operatori*

POSITIVO! perché il sorteggio è un meccanismo che svilisce la qualificazione acquisita dagli operatori economici, in quanto non tiene in alcuna considerazione le effettive capacità dei potenziali concorrenti, vanificando altresì qualunque possibilità di programmazione dell'attività di impresa.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

LE PROCEDURE SOTTO-SOGLIA

GARANZIA PROVVISORIA (art. 53)

ART. 1, COMMA 4, D.L. SEMPLIFICAZIONI N. 76/2020 (art. 53 nuovo Codice)

- **IN CASO DI AFFIDAMENTO DIRETTO**, la stazione appaltante **non richiede** la garanzia provvisoria di cui all'articolo 106 NUOVO Codice.

La stazione appaltante ha, altresì, **la facoltà di esonerare l'affidatario dalla garanzia definitiva di cui all'articolo 106** del Codice dei contratti pubblici

PRIMA: in casi specifici, e alle condizioni dettate dal comma 11 del citato articolo 103.

IL NUOVO CODICE: **parla solo di «casi debitamente motivati».**

- **IN CASO DI PROCEDURE NEGOZiate**, la stazione appaltante **non richiede le garanzie provvisorie di cui all'articolo 106, salvo che**, in considerazione della tipologia e specificità della singola procedura, ricorrano particolari esigenze che ne giustificano la richiesta, che la stazione appaltante indica nell'avviso di indizione della gara o in altro atto equivalente.

Nel caso in cui sia richiesta la garanzia provvisoria, **il relativo ammontare è pari al 1% dell'importo a base di gara.**

Il nuovo Codice precisa che, se richiesta, la **garanzia definitiva** è pari al 5% dell'importo contrattuale (e non più al 10%).

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

REGOLE GENERALI PER LE PROCEDURE DI GARA

LA DISCIPLINA DELL'ESCLUSIONE AUTOMATICA DELLE OFFERTE ANOMALE (ART. 54)

Precondizioni:

- deve trattarsi di appalto sotto-soglia;
- deve trattarsi di procedura con il criterio del PPB;
- l'appalto NON deve presentare un interesse transfrontaliero certo

In tali casi, le stazioni appaltanti **prevedono negli atti di gara** l'esclusione automatica delle offerte che risultino anomale, **qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque**

È fatta salva, in ogni caso, la facoltà delle stazioni appaltanti di valutare la congruità di ogni altra offerta che in base ad elementi specifici appaia anormalmente bassa.

NON APPLICABILE in caso di affidamento diretto con richiesta di più preventivi

METODO PER INDIVIDUAZIONE OFFERTE ANOMALE: le stazioni appaltanti indicano negli atti di gara il metodo per l'individuazione delle offerte anomale, scelto fra quelli descritti **nell'allegato II.2.**, ovvero lo selezionano in sede di valutazione delle offerte tramite sorteggio tra i metodi compatibili .

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

LE PROCEDURE SOTTO-SOGLIA

STIPULA DEL CONTRATTO (art. 18 nuovo Codice)

- (PRIMA) entro **60 gg.** dall'aggiudicazione (art. 55 nuovo Codice, PER SOTTO-SOGLIA: **30 giorni**)
- **a pena di nullità nelle seguenti forme:**
 - 1) con atto pubblico informatico;
 - 2) ovvero in modalità elettronica
- **per gli affidamenti diretti E OGGI anche per le procedure negoziate:**
 - **mediante corrispondenza, secondo l'uso del commercio, consistente in un apposito scambio di lettere, anche mediante PEC o sistemi elettronici di recapito certificato qualificato ai sensi del regolamento UE n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014;**
 - **in forma pubblica amministrativa a cura del segretario comunale/provinciale;**
 - **mediante scrittura privata.**

La forma scelta per la stipulazione del contratto deve essere indicata nella determina a contrarre.

Non si applica MAI il termine dilatorio di stand still di 35 giorni

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

LA QUALIFICAZIONE DELLE S.A.

ARTICOLO 62: AGGREGAZIONI E CENTRALIZZAZIONE DELLE COMMITTENZE.

1. Tutte le stazioni appaltanti possono procedere **direttamente e autonomamente**:

- all'acquisizione di **forniture e servizi di importo non superiore alle soglie previste per gli affidamenti diretti (140.000)**;
- all'affidamento di **lavori d'importo pari o inferiore a 500.000 euro**;
- attraverso **l'effettuazione di ordini** a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate e dai soggetti aggregatori (esempio: MEPA).

2. Per **effettuare le procedure di importo superiore alle soglie suddette**, le S.A. **devono essere qualificate** ai sensi dell'articolo 63 e dell'allegato II.4. Per queste procedure, **l'ANAC non rilascia il codice identificativo di gara (CIG) alle S.A. non qualificate.**

ART. 63: 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.

L'allegato II.4 indica i requisiti necessari per ottenere la qualificazione e disciplina i requisiti premianti.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

LA QUALIFICAZIONE DELLE S.A.

ARTICOLO 62: AGGREGAZIONI E CENTRALIZZAZIONE DELLE COMMITTENZE.

A) Le stazioni appaltanti qualificate, possono:

- a) effettuare, in funzione dei livelli di qualificazione posseduti, gare di importo superiore alle soglie indicate al comma 1 del presente articolo;
- b) acquisire lavori, servizi e forniture avvalendosi di una centrale di committenza qualificata;
- c) svolgere attività di committenza ausiliaria ai sensi del comma 11;
- d) procedere mediante appalto congiunto ai sensi del comma 14;
- e) procedere mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione secondo la normativa vigente dalle centrali di committenza qualificate;
- f) procedere all'effettuazione di ordini su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza anche per importi superiori ai livelli di qualificazione posseduti, **con preliminare preferenza** per il territorio regionale di riferimento. Se il bene o il servizio non è disponibile o idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno della stazione appaltante, oppure per ragioni di convenienza economica, la stazione appaltante può agire, previa motivazione, senza limiti territoriali.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

LA QUALIFICAZIONE DELLE S.A.

ARTICOLO 62: AGGREGAZIONI E CENTRALIZZAZIONE DELLE COMMITTENZE.

B) Le stazioni appaltanti NON qualificate:

- a) procedono all'acquisizione di forniture, servizi e lavori ricorrendo a una centrale di committenza qualificata;
- b) ricorrono, **per attività di committenza ausiliaria**, a centrali di committenza qualificate e a stazioni appaltanti qualificate;
- c) procedono ad affidamenti per servizi e forniture di importo inferiore alla soglia europea nonché ad affidamenti di lavori di manutenzione ordinaria d'importo inferiore a 1 milione di euro mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione **messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate** secondo la normativa vigente;
- d) effettuano ordini su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate e dai soggetti aggregatori, con preliminare preferenza per il territorio regionale di riferimento. Se il bene o il servizio non è disponibile o idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno della stazione appaltante, oppure per ragioni di convenienza economica, la stazione appaltante può agire, previa motivazione, senza limiti territoriali;
- e) eseguono i contratti per i quali sono qualificate per l'esecuzione;
- f) eseguono i contratti affidati ai sensi delle lettere b) e c);
- g) qualora non siano qualificate **per l'esecuzione**, ricorrono a una stazione appaltante qualificata, a una centrale di committenza qualificata o a soggetti aggregatori; in tal caso possono provvedere alla nomina di un supporto al RUP della centrale di committenza affidante.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

LA QUALIFICAZIONE DELLE S.A.

COMUNICATO ANAC 17 MAGGIO 2023

Annuncia **il blocco dei CIG dal 1 luglio prossimo per le stazioni appaltanti non qualificate** (esclusi quelli esenti dal blocco, cioè essenzialmente i CIG sotto soglia di qualificazione e i cig derivati).

Appare non credibile che in un solo mese (dal 1 giugno, data in cui la piattaforma per fare richiesta di qualificazione sarà resa disponibile, al 30 giugno) si riesca:

- da parte delle stazioni appaltanti, ad inserire la richiesta stessa, la cui sola raccolta dati necessaria è tutt'altro che banale;
- da parte di Anac medesima, a rilasciare la qualificazione.

Ne pareva emergere dal Codice questa volontà del Legislatore, che peraltro di fatto anticiperebbe l'efficacia del Codice!

Richiesto intervento Legislatore

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

REGOLE GENERALI PER LE PROCEDURE DI GARA

FASE APERTURA BUSTA «A»: L'ANTEPOSIZIONE DELLA VERIFICA DEI REQUISITI ALL'AGGIUDICAZIONE

CODICE ATTUALE: *Estensione dell'art. 133 anche ai settori ordinari fino al 30.06.2023: le stazioni appaltanti possono decidere che le offerte siano esaminate prima della verifica della documentazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale e speciale da parte degli offerenti.*

Altrimenti, verifica preliminare ordinaria dei requisiti generali e speciali e solo successivamente apertura offerta tecnica ed economica e poi verifica post aggiudicazione obbligatoria solo nei confronti del solo aggiudicatario, salva la facoltà per la stazione appaltante di effettuare verifiche nei confronti di altri soggetti.

NUOVO CODICE, ART. 107: solo nelle procedure aperte, la stazione appaltante **può disporre negli atti di gara** che le offerte siano esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte. **Se si avvale di tale possibilità, la stazione appaltante garantisce che la verifica dell'assenza dei motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente. Cosa comporta questo??**

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

REGOLE GENERALI PER LE PROCEDURE DI GARA

REQUISITI DI ORDINE GENERALE

La disciplina relativa alle cause di esclusione viene suddivisa in cinque distinte disposizioni:

- **art. 94 - cause di esclusione automatica;**
- **art. 95 - cause di esclusione non automatica;**
- **art. 96 - disciplina dell'esclusione;**
- **art. 97 – cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti;**
- **art. 98 - illecito professionale.**

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

REGOLE GENERALI PER LE PROCEDURE DI GARA

1) LE CAUSE DI ESCLUSIONE AUTOMATICA – art. 94

Tale disposizione individua **le cause di esclusione automatica** e i **soggetti idonei a determinare l'esclusione dell'operatore economico** dalla procedura di gara.

Novità più rilevanti:

a. ai fini dell'esclusione, non rileva più la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti (c.d. patteggiamento) per i reati gravi elencati al comma 1.

b. prevista **l'inoperatività** della causa di esclusione discendente dall'emissione di una misura interdittiva antimafia, ove l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario ex art. 34-bis del d.lgs. 159/2011 entro la data di aggiudicazione (art. 94, comma 2).

c. fra i soggetti da sottoporre a verifica, **viene eliminato il riferimento ai c.d. cessati** e inserito il riferimento **all'amministratore di fatto** (art. 94, comma 3).

d. qualora il socio sia una persona giuridica, l'esclusione opera se i presupposti si siano verificati a carico degli amministratori (art. 94, comma 4).

e. al comma 6, viene disciplinata la causa di esclusione automatica in presenza di **gravi violazioni definitivamente accertate**, rinviando all'Allegato II.10 la definizione del **concetto di "gravità"** (importo superiore a 5.000 euro) e **della "definitività" della violazione**, che riproduce l'attuale contenuto del suddetto comma 4, primo e secondo periodo, dell'art. 80.

f. sempre al comma 6, prevista l'esclusione automatica dell'operatore economico che ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. A tal fine, viene richiamato l'allegato II.10, che specifica, come previsto dalla normativa previgente, che costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostantive al rilascio del DURC.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

REGOLE GENERALI PER LE PROCEDURE DI GARA

2) LE CAUSE DI ESCLUSIONE NON AUTOMATICA – art. 95

La norma contiene le cause di esclusione “non automatiche”, in passato in massima parte disciplinate al comma 5 dell’art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, **ma diverse dalla fattispecie dell’illecito professionale**, che è disciplinata in un articolo autonomo (art. 98 su cui v. infra).

La stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti:

a) **sussistere gravi infrazioni, debitamente accertate con qualunque mezzo adeguato, alle norme in materia di salute e di sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro** stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell’allegato X alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014;

b) **che la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse** di cui all’articolo 16 non diversamente risolvibile;

c) **sussistere una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto** che non possa essere risolta con misure meno intrusive (pensare alle *consultaz. preliminari di mercato*);

d) **sussistere rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte degli operatori economici siano imputabili ad un unico centro decisionale** a cagione di accordi intercorsi con altri operatori economici partecipanti alla stessa gara;

e) che l’offerente abbia **commesso un illecito professionale grave**, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. [All’articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi.](#)

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

REGOLE GENERALI PER LE PROCEDURE DI GARA

2) segue

Comma 2) qualora ritenga che l'O.E. ha commesso **gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali**. Costituiscono gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale quelle indicate nell'allegato II.10. La gravità va in ogni caso valutata anche tenendo conto del valore dell'appalto. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o sanzioni, oppure quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché

Si rinvia all'Allegato II.10, nel [quale viene riportato il contenuto del DM 28 settembre 2022](#), che ha stabilito le modalità operative di tale causa di esclusione (es. ammontare della violazione almeno pari al 10% del valore dell'appalto con un minimo di 35.000 euro), come precedentemente prevista dal co.4, quinto periodo, dell'art.80 del decreto legislativo n. 50/2016. Per effetto di ciò viene, quindi, disposta l'abrogazione del DM 28 settembre 2022.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

REGOLE GENERALI PER LE PROCEDURE DI GARA

3) DISCIPLINA DELL'ESCLUSIONE – art. 96

Tale disposizione contiene la disciplina procedimentale comune alle fattispecie che conducono alla esclusione dell'operatore economico.

Introdotta una nuova versione allargata del self cleaning. L'operatore economico può:

- **ove le cause di esclusione si siano verificate prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte**, comprovare di avere adottato le misure di self cleaning OPPURE comprovare l'impossibilità di adottare dette misure prima della presentazione dell'offerta e successivamente ottemperare;
- **ove le cause di esclusione si siano verificate successivamente alla presentazione dell'offerta**, adottare e comunicare alla stazione appaltante le suddette misure.

Ma l'adozione delle suddette misure NON PUO' RITARDARE L'AGGIUDICAZIONE.

Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all'articolo 94, a eccezione del comma 6 (imposte e contributi), e all'articolo 95, a eccezione del comma 2 (imposte e contributi), **può fornire prova del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità.**

Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, esso non è escluso dalla procedura d'appalto.

Le dette misure sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito, nonché la tempestività della loro assunzione.

A tal fine, l'operatore economico dimostra: - di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, - di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

REGOLE GENERALI PER LE PROCEDURE DI GARA

4) CAUSE DI ESCLUSIONE DEL RAGGRUPPAMENTO D'IMPRESA – art. 97

Rispetto al Codice n. 50/2016, viene introdotta in un'unica e specifica disposizione la disciplina relativa alle esclusioni per i RTI e i consorzi.

IN PARTICOLARE: **in caso di mancato possesso dei requisiti generali/speciali da parte di un'impresa partecipante al raggruppamento**, quest'ultimo – per non essere escluso – può comprovare di aver estromesso l'impresa interessata o di averla sostituita con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata (sul punto, v. Corte di giustizia, sez. IX, 3 giugno 2021, causa C-210/20).

Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, il raggruppamento non è escluso dalla procedura d'appalto. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, l'operatore economico è escluso con decisione motivata.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

REGOLE GENERALI PER LE PROCEDURE DI GARA

5) L'ILLECITO PROFESSIONALE GRAVE– art. 98

Struttura dell'articolo:

- enumera e descrive le fattispecie rilevanti;
- individua i mezzi di prova;
- chiarisce la portata dell'obbligo motivazionale, ove si voglia disporre l'esclusione dell'operatore economico.

Ai sensi del comma 3, rilevano quale grave illecito professionale:

- a) sanzione esecutiva irrogata dall'AGCM o da altra autorità di settore, rilevante in relazione all'oggetto specifico dell'appalto;
- b) condotta dell'operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio oppure che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione;
- c) condotta dell'operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, derivanti da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale;
- d) condotta dell'operatore economico che abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori (che nel Codice n. 50/2016 rilevava solo ove riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato);

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

REGOLE GENERALI PER LE PROCEDURE DI GARA

5) segue

e) condotta dell'operatore economico che abbia violato il divieto di intestazione fiduciaria di cui all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55, laddove la violazione non sia stata rimossa;

f) omessa denuncia all'autorità giudiziaria da parte dell'operatore economico persona offesa dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 c.p. aggravati ai sensi dell'articolo 416-bis.1 del medesimo codice salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689.

g) contestata commissione da parte dell'operatore economico, ovvero dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94 di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo articolo 94;

h) contestata o accertata commissione, da parte dell'operatore economico oppure dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94, di taluno dei seguenti reati consumati:

i. abusivo esercizio di una professione, ai sensi dell'articolo 348 del codice penale;

ii. bancarotta semplice, bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare o ricorso abusivo al credito, di cui agli articoli 216, 217, 218 e 220 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;

iii. i reati tributari ai sensi del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, i delitti societari di cui agli articoli 2621 e seguenti del codice civile o i delitti contro l'industria e il commercio di cui agli articoli da 513 a 517 del codice penale;

iv. i reati urbanistici di cui all'articolo 44, comma 1, lettere b) e c), del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, **con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria;**

v. i reati previsti dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

REGOLE GENERALI PER LE PROCEDURE DI GARA

5) segue

DUNQUE:

Rispetto al Codice 50/2016 e alle bozze iniziali del nuovo Codice, la figura dell'illecito professionale è stata maggiormente tipizzata, attraverso l'eliminazione della possibilità di valutare in chiave espulsiva ogni condotta – anche diversa da quelle indicate dalla medesima norma – la cui gravità sia idonea ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'impresa.

Anche con riferimento ai mezzi di prova, si registrano dei passi in avanti.

In particolare, si prevede che, in relazione ai reati sopra richiamati che possono rilevare quale illecito professionale, la stazione appaltante non può tenere conto, ai fini dell'esclusione dell'impresa, di rinvii a giudizio e sentenze di patteggiamento, ma solo di sentenze di condanna definitive, decreti penali di condanna irrevocabili, condanne non definitive, e di provvedimenti cautelari reali o personali.

Tale limitazione, però, **non opera** con riferimento ai reati “gravi” di cui all'art. 94, ossia quelli che danno luogo all'esclusione automatica del concorrente

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

REGOLE GENERALI PER LE PROCEDURE DI GARA

SOCCORSO ISTRUTTORIO

L'art. 101 individua i presupposti e i termini per attivare il soccorso istruttorio.

NOVITA'

L'introduzione, accanto al termine MASSIMO di 10 giorni assegnato dalla stazione appaltante all'operatore economico per l'espletamento del soccorso istruttorio, **di un termine MINIMO fissato in 5 giorni.**

Inoltre, si chiarisce che l'istituto non potrà essere attivato ove al momento della scadenza del termine di presentazione dell'offerta il documento da integrare **sia presente nel Fascicolo virtuale dell'operatore economico.**

Viene, poi, eliminata la distinzione fra irregolarità essenziali e non essenziali.

In particolare, la norma chiarisce che la stazione appaltante dovrà attivare il soccorso istruttorio allo scopo di:

- integrare la documentazione trasmessa con la domanda di partecipazione o con il documento di gara unico europeo, ivi compresa la mancata presentazione della garanzia provvisoria, del contratto di avvalimento e dell'impegno a conferire mandato collettivo speciale in caso di raggruppamenti non ancora costituiti, purché aventi data certa anteriore al termine di presentazione delle offerte;
- sanare eventuali omissioni, inesattezze ed irregolarità della domanda di partecipazione, del documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto per la partecipazione alla procedura.

È esclusa dalle integrazioni e sanatorie

- la documentazione che compone l'offerta tecnica e quella economica;
- non sono sanabili neppure le omissioni, inesattezze e irregolarità che rendano assolutamente incerta l'identità del concorrente.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

REGOLE GENERALI PER LE PROCEDURE DI GARA

SOCCORSO ISTRUTTORIO

L'operatore economico è tenuto ad adempiere alle richieste della stazione appaltante nel termine stabilito, **pena l'esclusione dalla procedura.**

Un'ulteriore novità riguarda la codificazione del soccorso istruttorio "specificativo", in base al quale la stazione appaltante può richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato, purché non ne sia modificato il contenuto.

Infine, la norma consente all'operatore economico di richiedere – fino al giorno fissato per l'apertura delle offerte – la rettifica dell'eventuale errore materiale contenuto nell'offerta tecnica o economica, a condizione che la stessa non comporti la presentazione di una nuova offerta, o comunque la sua modifica sostanziale, e che resti comunque assicurato l'anonimato.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

REGOLE GENERALI PER LE PROCEDURE DI GARA

FASE VALUTAZIONE OFFERTE: IL CRITERIO DI AGGIUDICAZIONE

FATTO SALVO QUANTO PREVISTO DALL'ART. 95, COMMA 3, PER TUTTI GLI ALTRI AFFIDAMENTI SOTTO-SOGLIA (compresi i lavori fino a € 5.382.000), le S.A. procedono agli affidamenti, indifferentemente, sulla base del criterio del PPB o del criterio dell'OEPV (sostanzialmente identico art. 50, comma 4 del Nuovo Codice).

FERMO RESTANDO CHE:

Art. 95, comma 3 del Codice vigente (art. 108 del nuovo Codice)

Casi tassativi di necessità utilizzo OEPV

1. servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica e servizi alta intensità manodopera;
2. servizi ingegneria e architettura e simili pari o superiori a 140.000;
3. i contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a 140.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo;
(aggiunti dal nuovo Codice)
4. gli affidamenti in caso di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione;
5. gli affidamenti di appalto integrato;
6. i contratti relativi a lavori caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.

Art. 95, COMMA 4 (e art. 108, comma 3 del nuovo Codice): può essere utilizzato il **criterio del minor prezzo** per s.e f. con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera.

AFFIDAMENTO DIRETTO: SEMPRE CRITERIO DEL MINOR PREZZO!

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

REGOLE GENERALI PER LE PROCEDURE DI GARA

LA COMMISSIONE GIUDICATRICE: ART. 93

1. La commissione è presieduta e composta da dipendenti della stazione appaltante o delle amministrazioni beneficiarie dell'intervento, in possesso del necessario inquadramento giuridico e di adeguate competenze professionali.

2. Della commissione giudicatrice può far parte il RUP. In mancanza di adeguate professionalità in organico, la stazione appaltante può scegliere il Presidente e i singoli componenti della commissione anche tra funzionari di altre amministrazioni e, in caso di documentata indisponibilità, tra professionisti esterni.

Le nomine di cui al presente comma sono compiute secondo criteri di trasparenza, competenza e rotazione.

ART. 51: nel caso di affidamenti sotto-soglia con OEPV, alla commissione giudicatrice può partecipare il RUP, anche in qualità di presidente.

3. La commissione può riunirsi con modalità telematiche che salvaguardino la riservatezza delle comunicazioni.

4. Il nuovo Codice specifica che non possono essere nominati commissari:

a) coloro che nel biennio precedente all'indizione della procedura di aggiudicazione sono stati componenti di organi di indirizzo politico della stazione appaltante;

b) coloro che sono stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati previsti nel Capo I del Titolo II del Libro II del codice penale (*«reati contro la Pubblica Amministrazione commessi dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio»*);

c) coloro che si trovano in una situazione di conflitto di interessi con uno degli operatori economici partecipanti alla procedura.

NON PIU' PREVISTO che «i commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta»!!!

6. La commissione giudicatrice, su richiesta del RUP, **svolge anche attività di supporto per la verifica dell'anomalia**.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

SUBAPPALTO E AVVALIMENTO

CONFERMATE LE MODIFICHE GIA' INTRODOTTE CON IL D.L. 31 maggio 2021, n. 77, conv. in L. 108/2021 (art. 49)

ART. 119 del Nuovo Codice

COMMA 1) I soggetti affidatari dei contratti eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi e le forniture compresi nel contratto.

Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 120, comma 1, lettera d), **la cessione del contratto è nulla.**

È altresì nullo l'accordo con cui a terzi sia affidata l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni appaltate, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla categoria prevalente e dei contratti ad alta intensità di manodopera.

È ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo.

COMMA 2) Nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3, previa adeguata motivazione nella decisione di contrarre, le stazioni appaltanti, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, **indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto**, ivi comprese quelle di cui all'articolo 104, comma 11, in ragione dell'esigenza di rafforzare, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

SUBAPPALTO E AVVALIMENTO

Quindi, per esempio:

- un ente potrebbe decidere che una determinata categoria di lavori non sia subappaltabile (motivandone le ragioni nella determina a contrarre) esempio la OS 21 (Fondazioni speciali) oppure la OS 32 (Strutture in legno). **Trattandosi di prestazioni ad elevato contenuto tecnologico**, l'ente potrebbe pretendere per la rilevanza della lavorazione, per la sua importanza che sia eseguita solo dall'appaltatore.

- un ente potrebbe ritenere non subappaltabile una parte di servizio o fornitura se ritenuto che la stessa sia eseguita dall'appaltatore direttamente. **Per esempio nel caso di servizi di asilo nido** (in quanto connotato da risvolti sociali, educativi e psicologici molto importanti). Occorrerà tuttavia motivare molto bene tale scelta trattandosi di un limite alla libertà di impresa.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

SUBAPPALTO E AVVALIMENTO

NOVITA' DEL NUOVO CODICE

1. ART. 119, C. 3: Non si configurano come attività affidate in subappalto, per la loro specificità, le seguenti categorie di forniture o servizi:

a) *l'affidamento di attività secondarie, accessorie o sussidiarie (prima solo «specifiche») a lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante;*

2. ART. 119, C. 6: Il contraente principale e il subappaltatore **sono responsabili in solido** nei confronti della stazione appaltante per le prestazioni oggetto del contratto di subappalto.

Quando il subappaltatore è una MICRO o PICCOLA impresa e nel caso di pagamento diretto per richiesta del subappaltatore, l'appaltatore è liberato dalla responsabilità solidale;

3. Eliminata previsione sul limite del 20% al ribasso operato dall'appaltatore sui prezzi applicati dal subappaltatore;

4. **Generale possibilità di ricorrere al c.d. subappalto a cascata**, ferma restando la possibilità per la S.A. di limitarlo in casi specifici, in ragione delle **specifiche caratteristiche dell'appalto e dell'esigenza** - tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare - **di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori oppure di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali.**

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

SUBAPPALTO E AVVALIMENTO

AVVALIMENTO (ART. 104): principali novità

1. Il primo periodo del comma 1 dell'art. 104 definisce l'avvalimento come il contratto con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto. Dalla lettera della disposizione si evince una prima novità: il codice prevede solo l'avvalimento c.d. "operativo", volto a soddisfare requisiti di natura tecnico-professionale, non menzionando più l'avvalimento c.d. "di garanzia" finalizzato a soddisfare requisiti di natura economico-finanziaria.

L'ultimo periodo del comma 1 prevede espressamente che il contratto di avvalimento è normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria (...). Con tale previsione il legislatore ha posto fine al dibattito giurisprudenziale sul punto, sancendo il carattere oneroso del contratto di avvalimento a meno che non sia dimostrato un interesse dell'impresa ausiliaria, che prescinda dal mero ritorno economico, a mettere a disposizione le proprie dotazioni tecniche e/o risorse.

Al comma 4 viene invece espressamente legittimato il c.d. avvalimento premiale: l'operatore economico deve specificare in gara se intende avvalersi delle risorse altrui per acquisire un requisito di partecipazione o per migliorare la propria offerta. Con tale previsione il legislatore apre alla possibilità di ricorrere all'avvalimento al solo fine di acquisire punteggio tecnico premiale grazie alle dotazioni tecniche e/o risorse "prestate" dall'ausiliaria.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

SUBAPPALTO E AVVALIMENTO

AVVALIMENTO (ART. 104): principali novità

Il comma 11 dispone poi che nel caso di appalti di lavori, servizi e forniture con posa in opera o installazione, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali, ivi comprese le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un RTI, da un partecipante al raggruppamento. La nuova previsione sostituisce il divieto di avvalimento – art. 89 comma 11 del D.lgs. 50/2016 – per gli appalti o concessioni di lavori in cui rientrino opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali.

Un'altra rilevante novità si evince dal comma 12: fuori dai casi di ricorso all'avvalimento premiale è ammessa la partecipazione alla medesima gara sia dell'impresa ausiliaria che di quella che si avvale delle risorse da essa messe a disposizione.

Infine giova evidenziare che, oltre all'art. 104 del nuovo codice, anche le seguenti disposizioni impattano sulla disciplina dell'avvalimento:

art. 67 comma 7: nel caso di soggetti di cui all'art. 65 comma 2 lett. b), c) e d) nonché art. 66, comma 1 lettera g), possono essere oggetto di avvalimento solo i requisiti maturati dal consorzio stesso;

art. 101 comma 1 lett.a (soccorso istruttorio) da cui si ricava che il contratto di avvalimento, a pena di nullità non sanabile, deve avere data certa antecedente al termine di presentazione delle offerte;

art. 132 comma 2: divieto di ricorso all'avvalimento nel settore dei beni culturali;

Allegato II.12 art. 26: requisiti del contratto di avvalimento ad oggetto le attestazioni SOA.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

PROGETTAZIONE

PROGETTAZIONE (ARTT. 41-47): principali novità

Livelli di progettazione – Art. 41

La progettazione in materia di lavori pubblici viene articolata in **due livelli** – e non più tre – ossia il progetto di fattibilità tecnico-economica e il progetto esecutivo.

L'attività di verifica si sviluppa nel corso di tutto l'*iter* progettuale e comprende anche l'ottemperanza alle prescrizioni impartite dagli enti competenti in sede di conferenza servizi, senza necessità di ulteriori approvazioni/autorizzazioni.

Si rileva che non viene previsto il divieto di subappalto della progettazione e delle attività ad essa connesse.



Compliance Network

RETE PROFESSIONALE DI CONSULENZA E FORMAZIONE ALLE IMPRESE E ALLA P.A.



SR
STUDIO | RIVOLA
COMMERCIALISTI & AVVOCATI PER LA COMPLIANCE

.....GRAZIE PER
L'ATTENZIONE