



Compliance Network

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

STUDIO RIVOLA
COMMERCIALISTI & AVVOCATI PER LA COMPLIANCE

**Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (il nuovo Codice dei Contratti Pubblici):
Principi generali e principali novità**

Avv. Laura Servetti

Luglio 2023

Titolo I – I principi generali

Articoli da 1 a 12

Articolo 1. **Principio del risultato.**

Articolo 2. **Principio della fiducia.**

Articolo 3. **Principio dell'accesso al mercato.**

Articolo 4. **Criterio interpretativo e applicativo.**

Articolo 5. **Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento.**

Articolo 6. **Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale.** Rapporti con gli enti del Terzo settore.

Articolo 7. **Principio di auto-organizzazione amministrativa.**

Articolo 8. **Principio di autonomia contrattuale.** Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito.

Articolo 9. **Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale.**

Articolo 10. **Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione.**

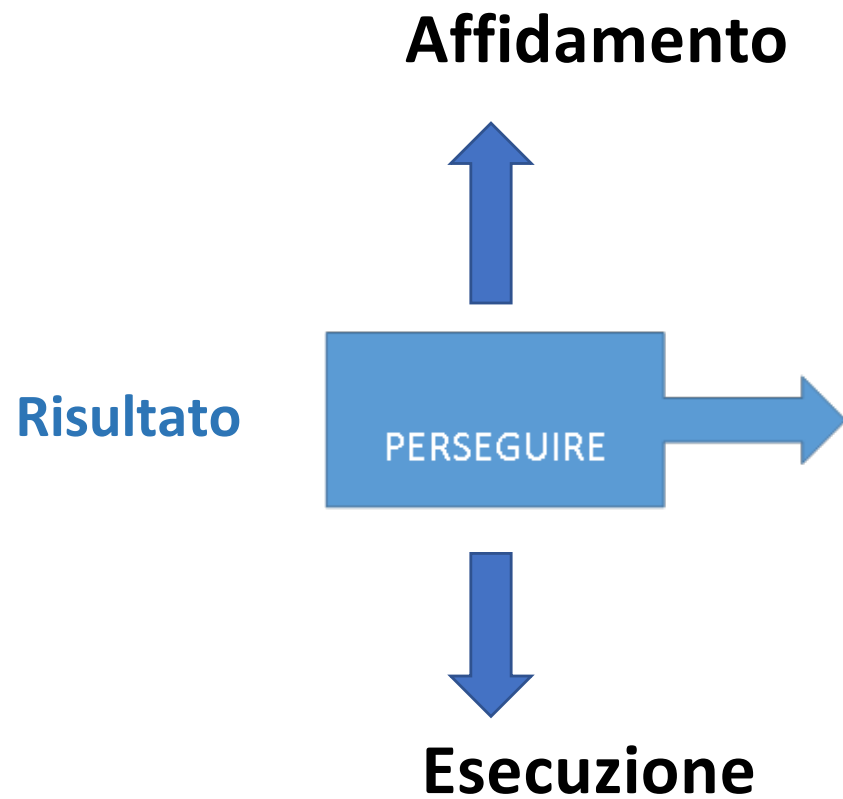
Articolo 11. **Principio di applicazione dei contratticollettivi nazionali di settore.**
Inadempienze

contributive e ritardo nei pagamenti.

Articolo 12. **Rinvio esterno.**

PRINCIPIO DEL RISULTATO

1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.
2. La concorrenza tra gli operatori economici 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.
3. Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea.
4. Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per: **a)** valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; **b)** attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva.



Con massima **tempestività** e migliore rapporto possibile tra **qualità** e **prezzo**, nel rispetto dei principi di:
legalità, trasparenza e concorrenza.

La **trasparenza** è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del codice e ne assicura la piena verificabilità.

«verificabilità» evoca il concetto di **accountability**, inteso come responsabilità dei risultati conseguiti.

La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti.

La concorrenza non è più un valore in sé e per sé, ma uno strumento per ottenere i migliori risultati.

non si persegue «un risultato purchè sia», ma un risultato «virtuoso», che accresca la qualità, diminuisca i costi, aumenti la produttività, etc.

Risultato

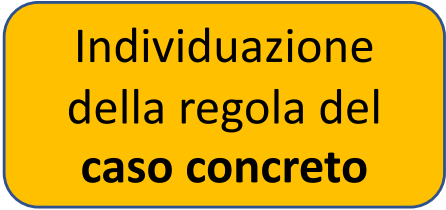
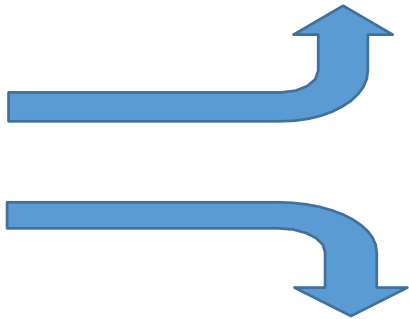
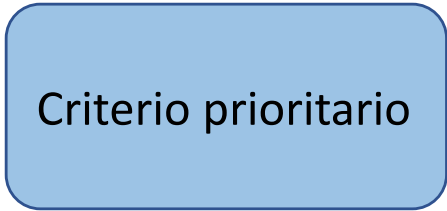
Attuazione

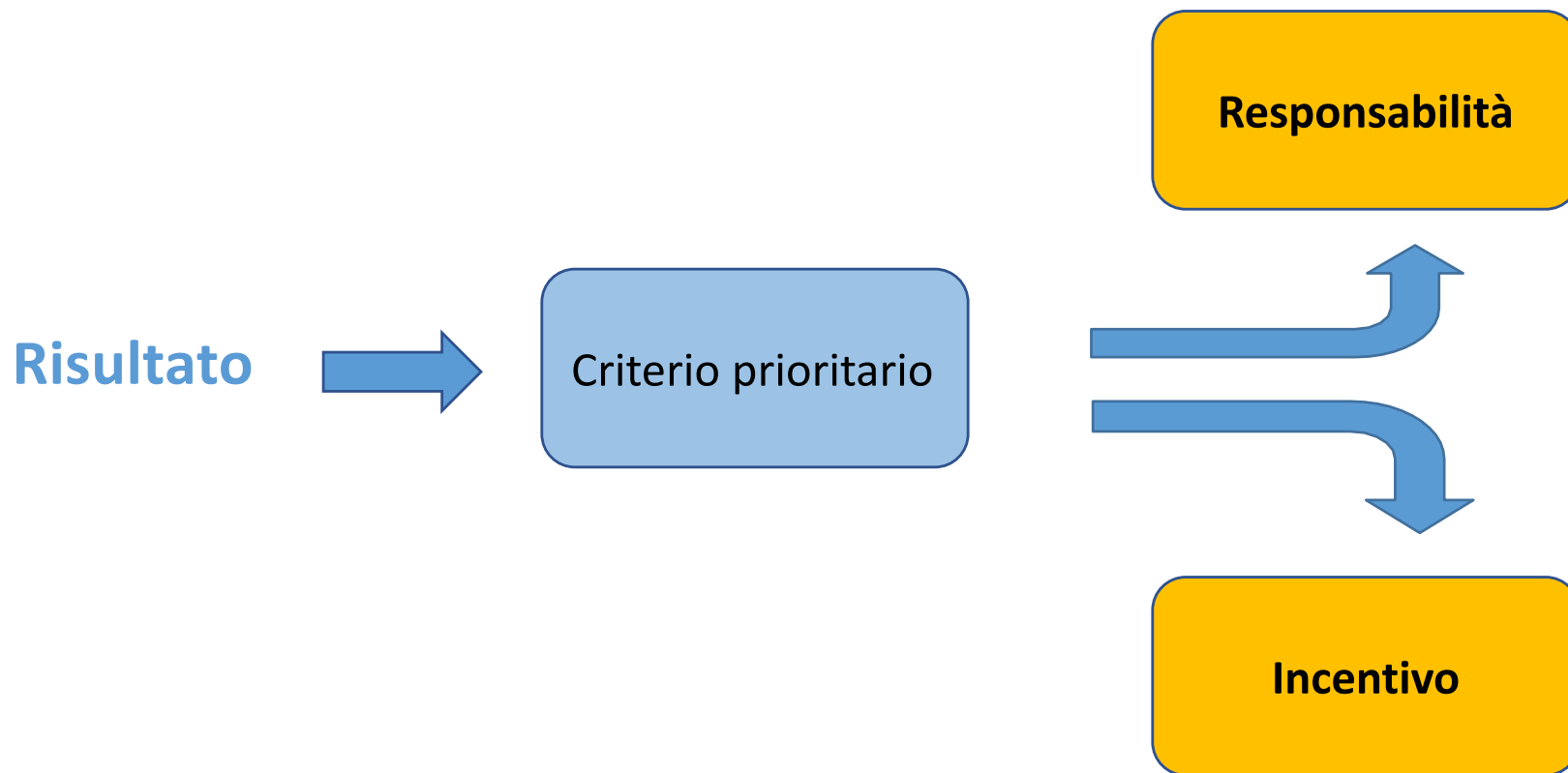


Buon andamento
Efficienza
Efficacia
Economicità

Perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea.

Risultato





Del personale che svolge funzioni **amministrative** e **tecniche** in fase di **programmazione**, **progettazione**, **affidamento** ed **esecuzione** (art. 45 e allegato I. 10)

Risultato



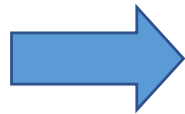
Se una certa azione arriva al suo scopo non può essere oggetto di disappunto; anzi, chi l'ha compiuta deve essere premiato.

Primato della necessità che il mercato dei contratti pubblici e tutta l'azione che lo contorna sia *goals oriented*.

Principio della Fiducia

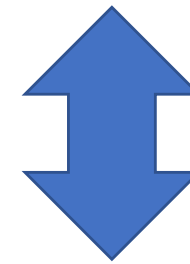
1. L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici.
2. Il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa 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.
3. 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.
4. Per promuovere la fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, nonché per riqualificare le stazioni appaltanti e per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti, compresi i piani di formazione di cui all'articolo 15, comma 7.

Fiducia



Nell'azione legittima,
trasparente e
corretta

**Amministrazione e suoi
funzionari**



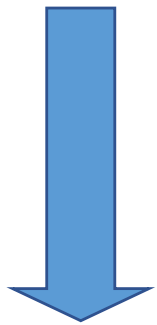
Operatore economico

Il principio della fiducia favorisce e valorizza 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 dei risultati**.

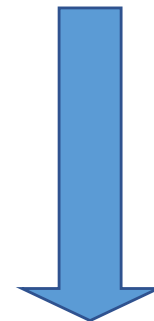
Fiducia



L'esercizio di **potere discrezionale** presuppone **fiducia** dell'ordinamento verso l'organo destinatario dell'attribuzione:



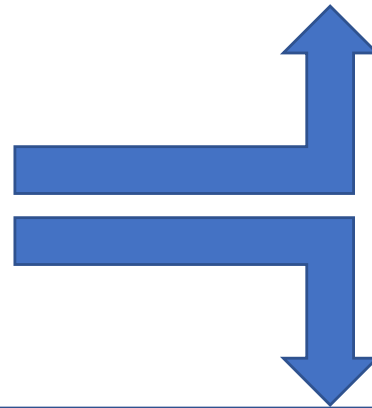
Cfr. anche
nuova
formulazione
(d.l. 76/2020)
art. 323 c.p.
**Abuso
d'Ufficio**



L'esplicitazione normativa **scongiora l'inerzia**, valorizza le capacità e orienta verso il rispetto della legge sostanziale.

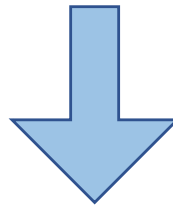
Violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza.

Colpa grave



1. Non costituisce mai colpa grave la violazione o l'omissione che sia stata determinata dal riferimento a **indirizzi giurisprudenziali prevalenti** o a **pareri delle autorità competenti**.

Esclusione colpa grave



Coerenza con le vigenti **previsioni** del **Codice della Giustizia Contabile** (art. 69, comma 2 e art. 95, comma 4) [le norme citate escludono la colpa grave se la P.A. si è conformata a pareri della Corte di Conti, resi in via consultiva, in sede di controllo].

A conferma di una giurisprudenza consolidata sull'elemento soggettivo della responsabilità erariale.

Il principio della fiducia innerva lo schema del nuovo Codice in diverse parti e, come vedremo, ispira e orienta la rivisitazione di alcuni altri **istituti chiave**:

Conflitto di interessi

Soccorso istruttorio

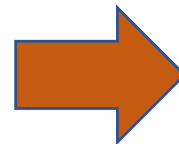
Le esclusioni

Si richiede che **chi invochi** il conflitto di interessi **ne dia prova**, allegando i presupposti specifici ed eventualmente adeguata documentazione, in coerenza, appunto, con il **principio di fiducia**.

Sanabile ogni omissione, inesattezza o irregolarità degli atti di gara, con eccezione di quelle relative all'offerta tecnica ed economica. **Chiave interpretativa della norma** è la leale collaborazione delle parti ispirata alla **fiducia nell'attività amministrativa** e alla responsabilità dell'operatore economico secondo i noti principi di buona fede. Il tutto evidentemente nel rispetto del principio della par condicio.

Versione allargata del *self cleaning* aderente alla direttiva 24/2014 UE:
Può riguardare anche eventi verificatisi nel **corso della procedura** e
quindi **dopo la presentazione dell'offerta** (art. 96, comma 4).

Prevale il **principio del risultato**



In nessun caso l'aggiudicazione
può subire dilazioni in ragione
dell'adozione delle misure di
self cleaning (art. 96, comma 5).

Il **principio della fiducia** è volto a **superare «la paura della firma»** e **«la burocrazia difensiva»** che rappresentano fonte di inefficienza e immobilismo e, quindi, un ostacolo al rilancio economico che richiede, al contrario, una **pubblica amministrazione dinamica ed efficiente**.

Primato della necessità che il mercato dei contratti pubblici e tutta l'azione che lo contorna sia *goals oriented*.

Principio dell'accesso al mercato

Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal Codice, **l'accesso al mercato** degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità.

Costituisce la **funzionalizzazione** dei principi classici di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità.

- **Art. 4 Criterio interpretativo**

Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2, e 3.

Costituisce il più forte impulso ad uscire dai **formalismi** e ad abbattere le ritrosie ad esercitare la piena **discrezionalità** e ad **innovare**.

Nel dubbio, la soluzione ermeneutica da privilegiare è quella che sia funzionale a realizzare il **risultato amministrativo**, che sia coerente con la **fiducia** nell'amministrazione, nei suoi funzionari e negli operatori economici e che permetta di favorire **il più ampio accesso al mercato** da parte degli operatori economici.

Tutto l'articolato deve essere letto in chiave finalistica con l'intento di realizzare il principio del **risultato** (art. 1), il principio della **fiducia** (art. 2) e il principio dell'**accesso al mercato** (art. 3).

Principio di buona fede e di tutela dell'affidamento

1. Nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento.
2. Nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede.
3. In caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti. 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 sulle scelte contrattuali dell'operatore economico.
4. Ai fini dell'azione di rivalsa della stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito.

Correttezza reciproca tra Stazione Appaltante e Operatore Economico

È tutelato l'**affidamento dell'operatore** alla sua legittima **aggiudicazione** solo l'illegittimità determinata dal comportamento scorretto della P.A. non è agevolmente rilevabile in base **alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti.**

«condizioni» di risarcibilità del danno da **provvedimento favorevole** poi annullato

Risarcibile è solo il c.d. **interesse negativo**

La responsabilità precontrattuale è limitata ai costi inutilmente sostenuti per partecipare alla gara e alla c.d. perdita di *chance* contrattuale alternativa.

Amministrazione condannata a risarcire il terzo illegittimamente pretermesso.

Diritto di rivalsa su aggiudicatario illegittimo per sua condotta illecita.

Codificati alcuni spunti già delineati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 2 del 2017.

Principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale

In attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, la pubblica amministrazione può apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di co-amministrazione, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con i privati, sempre che gli enti del Terzo settore contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato.

Non rientrano nel campo di applicazione del presente codice gli istituti disciplinati dal Titolo VII del decretolegislativo 3 luglio 2017, n.117

Recepita sentenza n. 131 del 2020 della Corte Costituzionale, che ha sancito la coesistenza di due modelli organizzativi alternativi per l'affidamento dei servizi sociali, l'uno fondato sulla **concorrenza**, l'altro sulla **solidarietà** e sulla **sussidiarietà orizzontale**.



Bilanciamento tra **concorrenza** e **sussidiarietà orizzontale**, superando la tendenza ad assicurare la prevalenza assoluta della prima sugli altri valori parimenti protetti dalla Costituzione (artt, 2 e 118, comma 4 Cost.).

La sentenza 131/2020 Corte Costituzionale **fuga due dubbi** avanzati dal Consiglio di Stato nel parere 2052 del 2018 su linee guida A.N.A.C.

1. **Compatibilità** art. 55 CTS con **diritto eurounitario**, in quanto «lo stesso diritto dell'Unione...mantiene, a ben vedere, in capo agli Stati membri, la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata **valenza sociale**, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza, ma a quello di **solidarietà**».

2. **Adeguatezza della legge 241/1990** a regolare i procedimenti conseguenti all'art. 55 CTS.

Si tratta di affidamenti ad organizzazioni o associazioni che abbiano l'obiettivo di svolgere funzioni sociali (c.d. Terzo Settore), che non abbiano finalità commerciali e che reinvestano eventuali utili al fine di raggiungere i loro obiettivi (Corte di giustizia dell'Unione Europea, sentenza 21 marzo 2019, C-465/17, punto 59).



- Servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza che possano essere attribuiti mediante convenzione;
- Assistenza prestata a pazienti in situazione di emergenza in un veicolo di soccorso da parte di un paramedico/soccorritore sanitario;
- **Servizi di trasporto sanitario mediante affidamento diretto ad associazioni di volontariato, ecc.**

Principio di auto-organizzazione amministrativa

- 1.** Le pubbliche amministrazioni organizzano autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso l'auto-produzione, l'esternalizzazione e la cooperazione nel rispetto della disciplina del codice e del diritto dell'Unione.
- 2.** Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono affidare direttamente a società in house lavori, servizi o forniture, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano per ciascun affidamento un provvedimento motivato in cui danno conto dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche. In caso di prestazioni strumentali, il provvedimento si intende sufficientemente motivato qualora dia conto dei vantaggi in termini di economicità, di celerità o di perseguimento di interessi strategici. I vantaggi di economicità possono emergere anche mediante la comparazione con gli standard di riferimento della società Consip S.p.a. e delle altre centrali di committenza, con i parametri ufficiali elaborati da altri enti regionali nazionali o esteri oppure, in mancanza, con gli standard di mercato.

Principio di auto-organizzazione amministrativa

3. L'affidamento in house di servizi di interesse economico generale di livello locale è disciplinato dal decreto legislativo attuativo della delega di cui all'articolo 8 della legge 5 agosto 2022, n. 118. 4. La cooperazione tra stazioni appaltanti o enti concedenti volta al perseguimento di obiettivi di interesse comune non rientra nell'ambito di applicazione del codice quando concorrono tutte le seguenti condizioni:

- a) interviene esclusivamente tra due o più stazioni appaltanti o enti concedenti, anche con competenze diverse;
- b) garantisce la effettiva partecipazione di tutte le parti allo svolgimento di compiti funzionali all'attività di interesse comune, in un'ottica esclusivamente collaborativa e senza alcun rapporto sinallagmatico tra prestazioni;
- c) determina una convergenza sinergica su attività di interesse comune, pur nella eventuale diversità del fine perseguito da ciascuna amministrazione, purché l'accordo non tenda a realizzare la missione istituzionale di una sola delle amministrazioni aderenti; d) le stazioni appaltanti o gli enti concedenti partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione.

Affidamenti **in House e Cooperazione pubblico-pubblico** (auto-produzione e cooperazione con altre pubbliche amministrazioni).



Entrambi alternativi al ricorso al mercato (esternalizzazione) ma a condizioni precisamente stabilite.



Superato l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti dell'art. 192 D. Lgs. n. 50/2016.

OBIETTIVO



Superare l'atteggiamento fortemente restrittivo dei confronti dell'In House (lavori, servizi e forniture).



L'iscrizione in elenco è stata ritenuta un titolo abilitativo, la cui formazione è «controllata» dall'ANAC, **sproporzionato** rispetto alle funzioni di vigilanza e alle esigenze di trasparenza degli affidamenti (già assicurate dagli obblighi di pubblicazione). Simile alla **S.C.I.A.**, con effetti costitutivi in caso di diniego e conseguenze di impugnabilità.

Rispetto dei principi della **fiducia**, del **risultato** e dell'**accesso al mercato**.

Parità tra In House Providing e Gara **solo tendenziale**.

Motivazione per servizi all'utenza: vantaggi per la collettività sotto il profilo della qualità e universalità del servizio, oltre che del risparmio di tempo e del razionale impiego delle risorse.

Motivazione per servizi strumentali: è sufficiente una motivazione più snella con riferimento alla riduzione di tempi e costi sulla base di parametri predeterminati e oggettivi di raffronto (Consip e Centrali, ecc).

Art. 23, comma 5, secondo periodo del D. Lgs. N. 36/2023



**Il Codice nella versione pubblicata prevede la raccolta dei dati su
affidamenti In House in BDNCP**

(come suggerito da VIII Commissione lavori pubblici Senato).

**v. Cons. Stato
6034/2021
ENAC – ARES 118**

**Cooperazione tra
amministrazioni**

a) Esclusivamente tra due o più stazioni appaltanti o enti concedenti anche con competenze diverse.

b) Effettiva partecipazione di tutte a interesse comune senza rapporto sinallagmatico.

c) Convergenza sinergica e non realizzazione missione istituzionale di una sola.

d) Le stazioni appaltanti o gli enti concedenti svolgono sul mercato aperto <20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione.

Principio di autonomia contrattuale

Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito

1. Nel perseguire le proprie finalità istituzionali le pubbliche amministrazioni 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.
2. 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 pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso.
3. 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.

Autonomia contrattuale

All'art. 1, comma 2, lettera l) della legge delega è scritto espressamente “**previsione del divieto di prestazione gratuita delle attività professionali, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione**”.

Generale **ammissibilità** dei **contratti gratuiti** con la P.A. che non abbiano ad oggetto prestazioni intellettuali.

Vietate «prestazioni d'opera intellettuale», di cui agli articoli 2229 e seguenti del Codice Civile, **gratuite**.

es. incarichi di consulenza legale base d'asta con **parametri forensi**.

I ribassi offerti non possono violinare l'equo compenso.

Equo compenso ai sensi dell'art. 2223



Autonomia contrattuale

Possibili i **contratti animati da spirito di liberalità** e privi di interesse economico, anche indiretto, da parte del donante (ad es. la donazione di un bene di valore artistico da parte di una persona fisica o giuridica). L'assenza di qualunque interesse economico determina una **netta demarcazione** rispetto ai contratti a titolo gratuito (es. sponsorizzazioni).

A condizione che

La prestazione sia **conforme all'interesse pubblico** perseguito o, comunque, all'interesse della collettività.

Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale

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. Gli oneri per la rinegoziazione sono riconosciuti all'esecutore a valere sulle somme a disposizione indicate nel quadro economico dell'intervento, alle voci imprevisti e accantonamenti e, se necessario, anche utilizzando le economie da ribasso d'asta.
2. Nell'ambito delle risorse individuate al comma 1, la rinegoziazione si limita al ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento, quale risultante dal bando e dal provvedimento di aggiudicazione, senza alterarne la sostanza economica.

Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale

3. Se le circostanze sopravvenute di cui al comma 1 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.

4. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono l'inserimento nel contratto di clausole di rinegoziazione, dandone pubblicità nel bando o nell'avviso di indizione della gara, specie quando il contratto risulta particolarmente esposto per la sua durata, per il contesto economico di riferimento o per altre circostanze al rischio delle interferenze da sopravvenienze.

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

Conservazione
equilibrio
contrattuale

Diritto della parte svantaggiata alla
rinegoziazione secondo buona fede.



A condizione che

1. Si tratti di **eventi straordinari ed imprevedibili**;
2. I **rischi** concretizzati da tali eventi **non** devono essere stati **volontariamente** assunti dalla parte pregiudicata dagli stessi;
3. Tali eventi devono determinare un'alterazione **rilevante** dall'originario equilibrio del contratto e **non** devono essere riconducibili alla **normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica** e al **rischio di mercato**.

**Art. 60 nuovo
Codice**

Revisione prezzi



OBBLIGATORIO

Inserimento nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento delle clausole di **revisione prezzi**.

Non previste le variazioni di costo dovute ai **rinnovi CCNL**.

Revisione prezzi

NO a modifiche che alterino la natura generale del contratto.

SOLO PER variazione del costo in aumento o in diminuzione, **superiore al 5%** dell'importo complessivo e nei limiti **dell'80 %** della variazione stessa.

INDICI SINTETICI delle variazioni dei prezzi relativi ai contratti di lavori, servizi e forniture elaborati dall'**ISTAT**.

Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore.

Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti.

- Il **comma 1** prevede come previsione generale l'obbligo di applicare il contratto collettivo nazionale di lavoro in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni oggetto del contratto;
- il **comma 2**, per esigenze di certezza, prevede che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano già nel bando o nell'invito alla gara il contratto collettivo applicabile, in conformità a quanto previsto nel comma 1;
- Il **comma 3**, ispirato alla tutela della libertà di iniziativa economica, consente comunque agli operatori economici di indicare nella propria offerta il differente contratto che essi applicano, purché però assicurino le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente.

Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore.

Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti.

- Il **comma 4** impone all'operatore economico di presentare prima dell'aggiudicazione o dell'affidamento un'ulteriore dichiarazione con la quale si impegna ad applicare il contratto collettivo indicato per tutta la durata del contratto ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele;
- il **comma 5** stabilisce che le medesime tutele normative ed economiche siano assicurate anche ai lavoratori in subappalto;
- il **comma 6** disciplina l'intervento sostitutivo della stazione appaltante nel caso di inadempienze contributive o retributive dell'impresa affidataria o del subappaltatore, attualmente previsto dai commi 5 e 6 dell'articolo 30 del d.lgs. n. 50 del 2016.

CCNL di SETTORE

Come già prevede l'art. 30, comma 4 D. lgs. n. 50/2016 il contratto è riferito non più all'attività prevalente esercita dall'impresa ma alle **prestazioni oggetto** dell'appalto da eseguire.

Qualora siano applicabili diversi contratti collettivi compatibili con l'oggetto dell'appalto, l'aggiudicatario può applicare un ccnl diverso da quello **indicato dalla stazione appaltante** nella *lex specialis*, purché garantisca **le stesse tutele**.

NOVITÀ

Anche in
subappalto

Art. 102, comma 2

L'Operatore economico indica nell'offerta le modalità con le quali intende adempiere gli **impegni al rispetto CCNL**.

La S.A. verifica anche, ex art. 110 (anomalia).

**Art. 41, comma 14,
secondo periodo**

Costi della manodopera e della **sicurezza** sono **scorporati** dall'importo assoggettato al **ribasso**.

Rinvio esterno

Per quanto non espressamente previsto nel codice:

- a) alle procedure di affidamento** e alle altre attività amministrative in materia di contratti si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241;
- b) alla stipula del contratto** e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile.

Art. 15

Il responsabile unico del procedimento diventa **Responsabile Unico di Progetto (RUP)**

È responsabile di una serie di «fasi» preordinate alla realizzazione di un «**progetto**» o di un «**intervento pubblico**».



Supervisione,
coordinamento,
indirizzo e
controllo

Possibile nomina di un **Responsabile del Procedimento**:

- Per **programmazione, progettazione, esecuzione;**
- Per **affidamento.**

Art. 15, comma 6
SUPPORTO AL RUP



Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono istituire una struttura di supporto al RUP e possono destinare risorse finanziarie non superiori all'1% dell'importo posto a base di gara per **l'affidamento diretto** da parte del RUP di incarichi di assistenza al medesimo (per competenze altamente specialistiche, v. art. 3, all. 1.2).

Art. 44
APPALTO INTEGRATO

Liberalizzazione

È facoltà s.a. qualificata di stabilire, nella decisione di contrarre, se il contratto ha per oggetto la **progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori** sulla base di un progetto di fattibilità tecnico-economica.

Non può essere utilizzato per gli appalti di opere di **manutenzione ordinaria**.

Limiti

Motivazione riferita a **esigenze tecniche**, si tiene conto del rischio di **scostamento costi**.

Art. 94 – 98
Cause di esclusione



Razionalizzazione e riordino della disciplina in **cinque** diversi articoli per **semplificare e chiarire**.



Cause di esclusione **automatiche**



Cause di esclusione **non automatiche**



Tipizzazione illecito professionale

Cause di esclusione

Ampliamento della disciplina del c.d. «**Self cleaning**» (fino alla presentazione dell'offerta).

Allargamento spettro temporale di rilevanza dell'ammissione al **controllo giudiziario**, ex art. 34 bis del decreto legislativo n. 159 del 2011 (fino a prima dell'aggiudicazione).

Espunta previsione di cui alla lettera f-bis, art. 80, D.lgs. n. 50/2016 «l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti dei subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere (vedi Adunanza Plenaria n. 16 del 28 agosto 2020).

Cause di esclusione

Espunto il riferimento alla **sentenza di applicazione della pena su richiesta** ai sensi dell'art. 444 del Codice di procedura penale (c.d. patteggiamento).

In coerenza con quanto previsto dall'**art. 445, comma 1-bis c.p.c.**

«Se non sono applicate pene accessorie, non producono effetti le disposizioni di leggi diverse da quelle penali che equiparano la sentenza prevista dall'art. 444, comma 2, alla sentenza di condanna».

Riformulato l'ambito soggettivo

Espunti i riferimenti ai «soggetti cessati» dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara.

Espunto il riferimento del socio di maggioranza in caso di società con un numero pari o inferiore a quattro.

Inclusi gli amministratori di fatto, codificandosi un saldo approdo della giurisprudenza.

Espunti il riferimento al «socio unico persona fisica». Si parla di «socio unico» includendo anche la **persona giuridica**.

Socio persona giuridica: l'esclusione va disposta se la sentenza o il decreto, ovvero la misura interdettiva, riguardino gli amministratori di quest'ultima.

Artt. 16 e 95, comma 1 lettera b)
conflitto di interessi



Nozione (comunitaria)

...si ha tutte le volte in cui a un soggetto sia affidata la **funzione di cura di un interesse altrui** (c.d. interesse **funzionalizzato**) ed egli si trovi, al contempo, ad essere titolare (*de iure vel de facto*) di un **diverso interesse** la cui soddisfazione avviene aumentando i **costi** o diminuendo i **benefici** dell'**interesse funzionalizzato**.

Conflitto di interessi



...non consiste quindi in comportamenti dannosi per l'interesse funzionalizzato, ma in una condizione giuridica o di fatto dalla quale scaturisce un **rischio** di siffatti comportamenti: **un rischio di danno**. L'essere in **conflitto** e **abusare** effettivamente della propria posizione sono due **aspetti distinti**.

Conflitto di interessi



Onere della prova

...in coerenza con il **principio della fiducia** e per preservare la funzionalità dell'azione amministrativa, la percepita **minaccia** all'imparzialità e indipendenza deve essere **provata** da **chi invoca il conflitto** sulla base di presupposti specifici e documentati e deve riferirsi ad **interessi effettivi**, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro.

Conflitto di interessi



Art. 16 comma 4

- 1. Adozione misure adeguate per individuare, prevenire e risolvere** in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione ed esecuzione degli appalti e delle concessioni;
- 2. Vigilanza su dichiarazione e astensione del personale.**

Centralità del contratto



Contratto normalmente
oneroso salvo che non
corrisponda ad altro interesse
ausiliaria.

**Art. 104
Avvalimento**



Possibile **avvalimento**
c.d. premiale (requisiti
oggettivi dell'offerta
con effetto premiante).

Art. 104
Avvalimento

La stazione appaltante può disporre che talune attività siano svolte **direttamente dall'operatore** (es. SIOS).

Solo in **avvalimento premiale NO ausiliaria e ausiliata** stessa gara.


Possibilità di sostituzione dell'ausiliaria nei casi di sua **dichiarazione mendace**.

Art. 93
Commissione giudicatrice



1. Superato **albo Commissari** come da delega;
2. Può essere presieduta anche da un **dipendente** e non per forza da un dirigente;
3. **Ne può far parte il RUP** e può supportarlo nella verifica di anomalia;
4. Superata **incompatibilità** per coloro che hanno svolto altra funzione o incarico tecnico o amministrativo nell'appalto (**in base al principio della fiducia**).

Art. 93
Commissione giudicatrice



1. Le nomine sono compiute secondo criteri di **trasparenza, competenza e rotazione**;
2. La **stessa Commissione** riesamina le offerte anche in seguito ad **annullamento** di una prima aggiudicazione;
3. **In mancanza di adeguate professionalità in organico**, si può scegliere il Presidente e i singoli componenti anche tra funzionari di **altre amministrazioni** e, in mancanza, tra **professionisti esterni**.

Selezione Offerte

- 1. Art. 107, comma 3:** Procedure aperte inversione procedimentale a regime: offerte esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti (attuazione criterio della delega della riduzione dei tempi di cui alla lett. M). È espressamente prevista in diversi Stati membri (quali Germania e Francia).
- 2. Art. 108, comma 12:** Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente al provvedimento di aggiudicazione, tenendo anche conto dell'eventuale inversione procedimentale, non è rilevante ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte.

Art. 101 Soccorso istruttorio

Semplificato e Chiarito



Chiave interpretativa leale
collaborazione delle parti

1. Integrare, di ogni **elemento mancante**, la documentazione trasmessa;
2. **La mancanza di garanzia provvisoria, contratto di avvalimento e impegno a conferire mandato** collettivo speciale, in caso di RTI sanabile, solo con documenti di data certa anteriore alla scadenza dell'offerta (no offerta tecnica e economica);
3. **Sanabile ogni omissione, inesattezza o irregolarità** della domanda di partecipazione, del DGUE, ecc. (no offerta tecnica e economica);
4. **Sempre richiedibili i chiarimenti** su contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato;
5. Fino al giorno fissato per la loro apertura **possibile rettifica errore materiale** su contenuto dell'offerta tecnica o dell'offerta economica (no nuova offerta).

Art. 110 Offerte anormalmente basse

Principi, fiducia, buona fede,
affidamento, risultato

Qualificazione delle stazioni
appaltanti

Rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante (alla luce dei **risultati di gara, del mercato di riferimento e di ogni altro elemento che possa essere ritenuto utile**) l'individuazione delle **offerte *prima facie* appaiono anomale** e che quindi andranno sottoposte a verifica.

Nel bando indicati gli elementi specifici in base ai quali valutare l'offerta. **NO** una **soglia di valutazione ex ante** di anomalia: si potrebbe usare il criterio dell'art. 97, comma 2 e 2-bis o dell'allegato II.2 del sotto soglia o altro tipo (es. in Germania deviazione pari o superiore al 20% dell'offerta più bassa rispetto all'offerta immediatamente più alta).

**Art. 17, comma 5
Aggiudicazione**

E la
tempestività?

Aggiudicazione disposta solo dopo verifica dei requisiti:

«L'organo preposto alla valutazione delle offerte predispone la proposta di aggiudicazione alla migliore offerta non anomala.

L'organo competente a disporre l'aggiudicazione, esamina la proposta e, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, **dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace.**

La pendenza di un contenzioso non può mai giustificare la sospensione della procedura o dell'aggiudicazione, salvo potere cautelare giudice autotutela.

Art. 36, comma 9
Impugnazione

Il **termine di impugnazione dell'aggiudicazione** e dell'ammissione e valutazione delle offerte diverse da quella aggiudicataria **decorre comunque dalla comunicazione di cui all'art. 90** (vedi anche C. Stato, Ad. Plen. 12/2020).

Art. 90 informazione ai candidati e agli offerenti.

Art. 36, comma 1 offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario, verbali di gara e atti, informazioni su piattaforma digitale contestualmente a comunicazione di cui all'art. 90.

Artt. 48-55 Appalti sotto soglia

1. **Affidamento diretto** lavori <150.000 euro e servizi e forniture <140.000;
2. **Negoziata senza bando** lavori \geq 150.000 euro e servizi e forniture \geq 140.000 fino a soglia;
3. **No utilizzo procedure ordinarie** tranne che per lavori \geq un milione di euro fino a soglia;
4. **Alla commissione giudicatrice** può partecipare il RUP, anche in qualità di presidente;
5. **Mancata conferma requisiti dichiarati**: comunicazione all'ANAC e sospensione da uno a 12 mesi gare stessa stazione appaltante;
6. **Garanzia provvisoria** di regola non richiesta e massimo all'1%.
7. **Esclusione automatica**: sia in negoziata che in procedura ordinaria (art. 50, comma 1 lettera d) se criterio del **prezzo più basso + assenza interesse transfrontaliero certo**, per offerte \geq 5. Solo per lavori e servizi (si presuppone siano gare più complesse e lunghe) e **se negli atti di gara è individuato il criterio**.
8. **No stand still** e stipula del contratto entro 30 giorni dall'aggiudicazione.

Artt. 48-55 Appalti sotto soglia

9. Principio di Rotazione: valido solo per il contraente uscente, se due affidamenti successivi rientrano in stesso settore merceologico, stessa categoria di opere, stesso settore di servizi;

10. No sorteggio per la selezione degli operatori da invitare, salvo situazioni particolari e specificatamente motivate;

11. No rotazione nelle negoziate se non vi sono limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare;

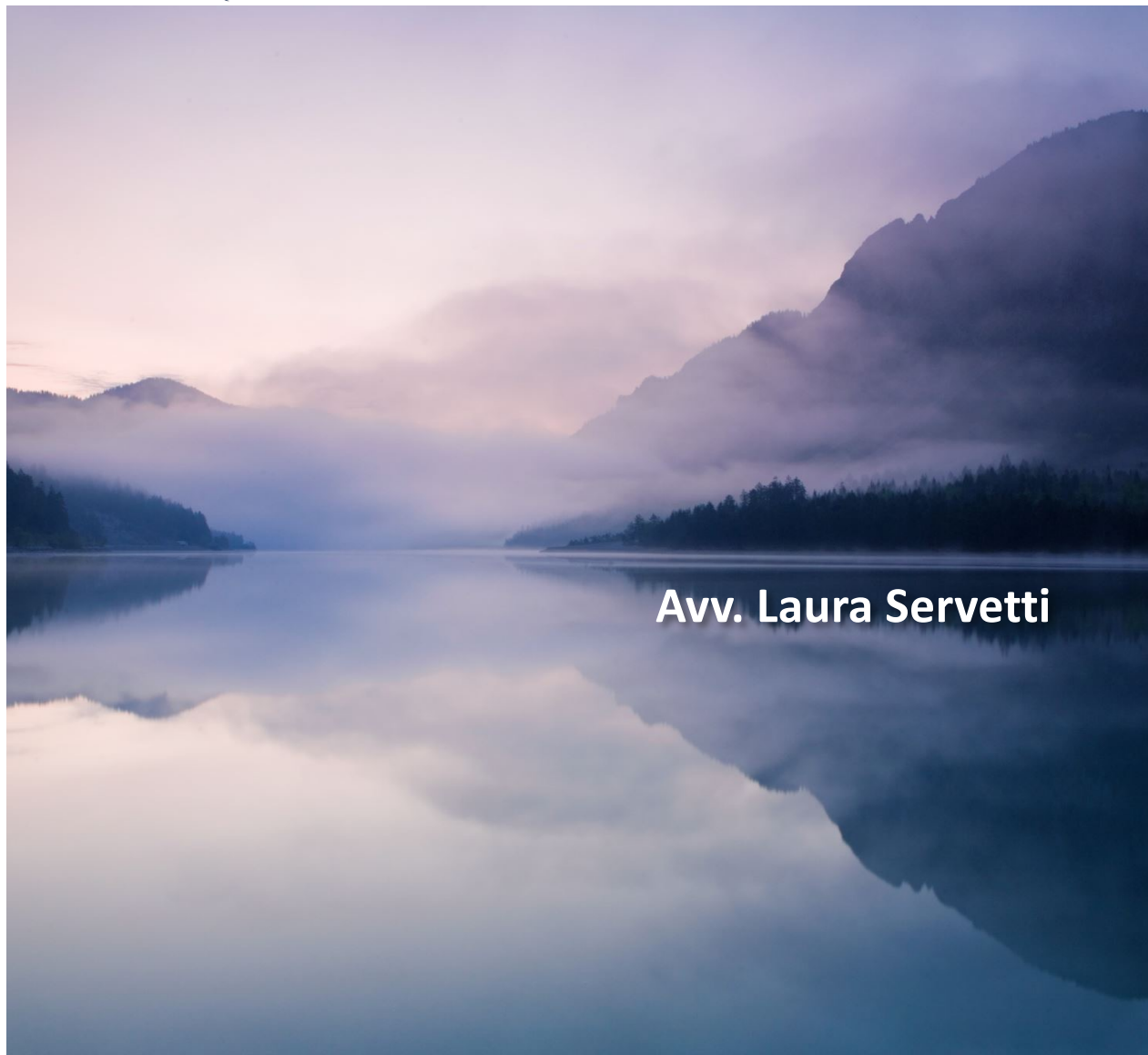
12. No rotazione affidamenti diretti < 5.000 euro;

13. Rinvito del contraente uscente in casi motivati (struttura del mercato e dell'effettiva assenza di alternative, accurata esecuzione del precedente contratto);

14. Allegato II.1 disciplina formazione elenchi e indagini di mercato (più o meno come già disciplinati nelle linee guida ANAC).

Art. 119 Subappalto

1. Possibile il subappalto del subappalto (c.d. **subappalto a cascata**). Si rimedia alla procedura di infrazione n. 2018/2273;
2. Nei documenti di gara di indicano le prestazioni non passibili di **subappalto a cascata** per caratteristiche appalto ed esigenze controllo cantiere e luoghi di lavoro (tutela, salute, sicurezza lavoratori) o rischio infiltrazioni criminali;
3. **Nulla** 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** (in luogo del complesso delle categorie prevalenti);
4. Non integrano subappalto l'affidamento a **lavoratori autonomi e i contratti** continuativi di cooperazione, servizio o fornitura **preesistenti** all'appalto se relativi a **prestazioni «secondarie, accessorie o sussidiarie»**;
5. **Supappalto** c.d. «**qualificatorio**» disciplinato dall'art. 12 d.l. 47/2014.



Avv. Laura Servetti

**.....GRAZIE PER
L'ATTENZIONE**