



Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36

Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici:

Principi generali e principali novità

27 aprile 2023

Relatore Adolfo Candia



Titolo I - I principi generali

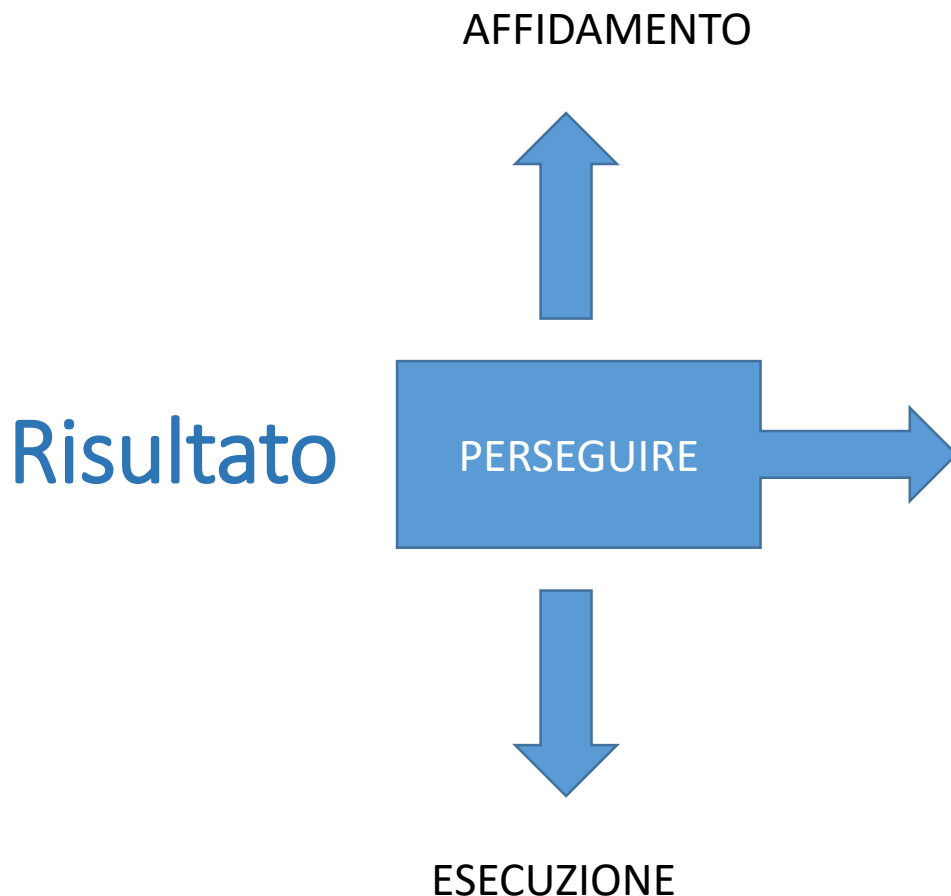
Articoli da 1 a 12

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 egli 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 contratti collettivi 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
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 per i 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 purché sia”, ma un risultato “virtuoso”, che accresca la qualità, diminuisca i costi, aumenti la produttività, etc.



Risultato

Attuazione



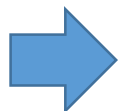
buon andamento
efficienza
efficacia
economicità

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

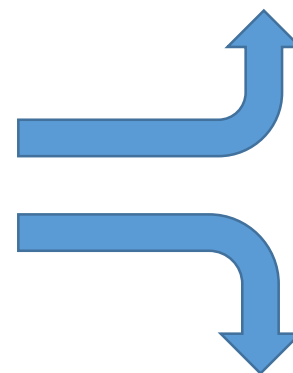


Esercizio del potere
discrezionale

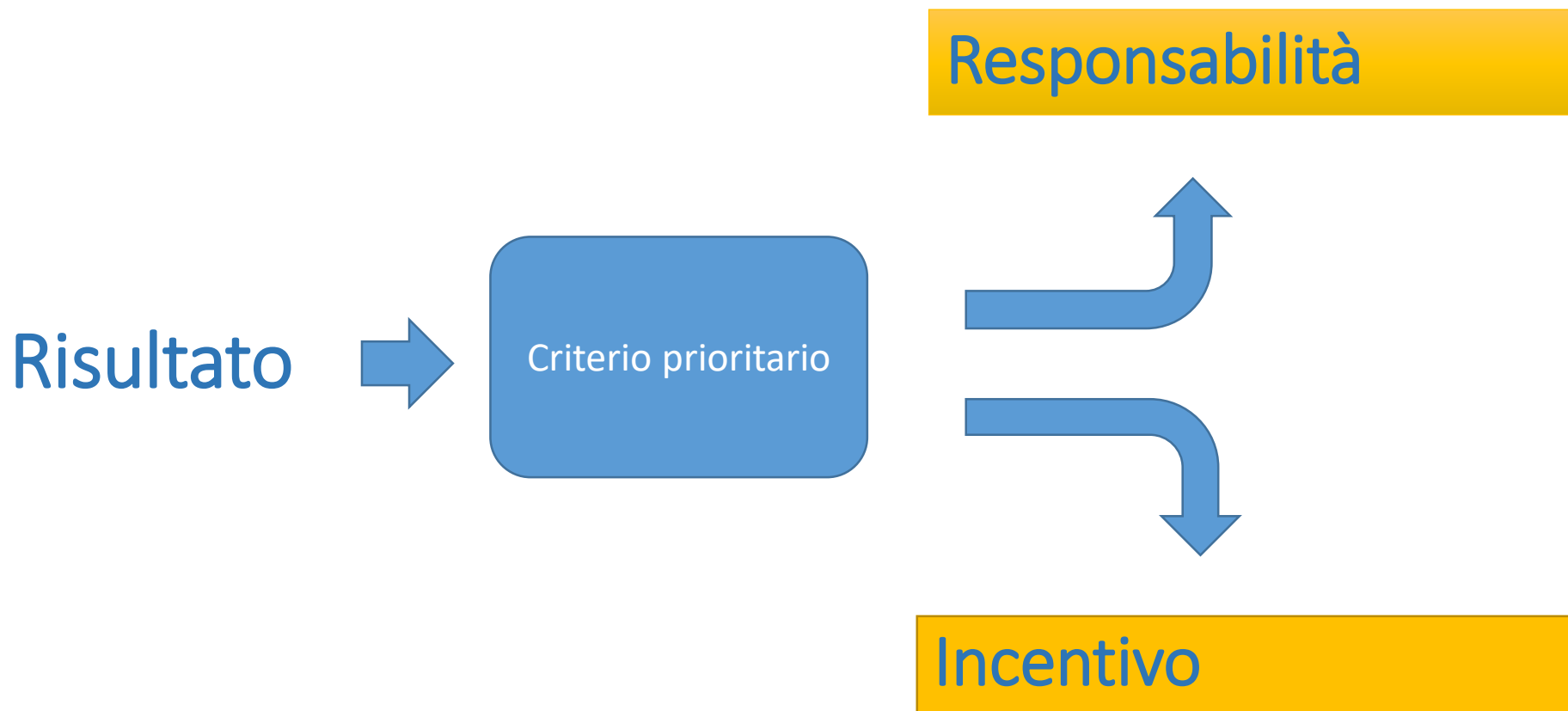
Risultato



Criterio prioritario



Individuazione della
regola del caso
concreto



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

Risultato



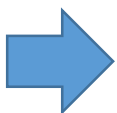
se una certa azione arriva al suo scopo non può essere oggetto di disappunto; anzi, chi l'ha compiuta deve essere premiato

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

Principio della **Fiducia**

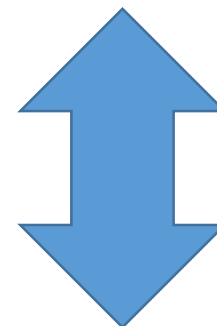
L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici. 2. Il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa 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

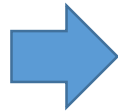


Operatore
economico

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 del risultato**



Fiducia



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



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

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



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

colpa grave



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**

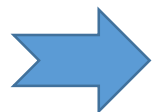
Sanabile ogni omissione, inesattezza o irregolarità degli atti di gara, con eccezione di quelle relative all'offerta tecnica ed economica.

Relazione “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 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 **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.

Principio di **buona fede** e di **tutela dell'affidamento**

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**,

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 di **sussidiarietà orizzontale**

1. 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 decreto legislativo 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.AC.

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 a 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 NEI 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 conseguente impugnabilità.

PARITÀ

Tra in House Providing e Gara
Solo tendenziale

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

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.



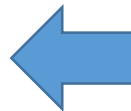
criterio direttivo della lettera l) delle Delega
*“divieto di **prestazione gratuita dell’attività professionale**, salvo che in casi eccezionali e previa motivazione”..*

autonomia Contrattuale

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 violare l’**equo compenso**



Equo compenso ai sensi dell’art. 2233

**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 e imprevedibili**;
2. **rischi** concretizzati da tali eventi **non** devono essere stati **volontariamente assunti** dalla parte pregiudicata dagli stessi;
3. tali eventi devono determinare una **alterazione rilevante** dell'originario equilibrio del contratto e **non** devono essere riconducibili alla **normale alea**, alla **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 per cento** dell'importo complessivo e nei limiti dell'**80 per cento** 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

Come già prevede art. 30, comma 4 D.Lgs. N. 50/2016 il Contratto è riferito non più all'attività prevalente esercitata dall'impresa ma alle **prestazioni oggetto dell'appalto** da eseguire.

CCNL di SETTORE

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, **PURCHÈ GARANTISCA STESSE TUTELE.**

NOVITÀ

**Anche in
subappalto**



art. 102, comma 2

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.

1. 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 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



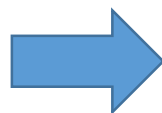
Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono istituire una **struttura di supporto al RUP**, e possono destinare risorse finanziarie non superiori all'1 per cento dell'importo posto a base di gara per **l'AFFIDAMENTO DIRETTO** da parte del RUP di incarichi di assistenza al medesimo (per competenze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

Art. 44 APPALTO INTEGRATO

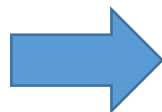
Liberalizzazione



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



Limiti



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

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

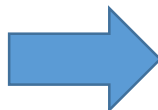


Artt. 94 - 98
Cause di esclusione

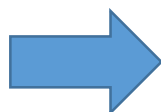


Razionalizzazione

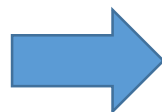
e riordino della disciplina
in cinque diversi articoli
per semplificare e
chiarire.



Cause di esclusione
AUTOMATICHE



Cause di esclusione **NON**
AUTOMATICHE



TIPIZZAZIONE illecito
professionale

Cause di esclusione

Ampliamento della disciplina del c.d. “**self cleaning**” (fino a dopo la 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 di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere»* (v. Adunanza Plenaria n. 16 del 28 agosto 2020).

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

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

«Se non sono applicate pene accessorie, non producono effetti le disposizioni di leggi diverse da quelle penali che equiparano la sentenza prevista dall'articolo 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 di **soci 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 interdittiva riguardino gli **amministratori** di quest'ultima

Artt. 16 e 95, comma 1 lett. 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 a **interessi effettivi**, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro.

Conflitto di interessi

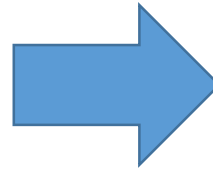


Art. 16, comma 4

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.

Art. 104
Avvalimento

Centralità del contratto



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



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



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 **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 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. **Stessa Commissione** riesamina le offerte anche in seguito ad **annullamento** di una prima aggiudicazione;
3. In **manca** 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 scadenza 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 **chiarimenti** sui 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 nell'**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** che *prima facie* appaiono **anomale** e che quindi andranno sottoposte a verifica

Nel bando indicati gli elementi specifici in base ai quali valutare offerta. **NO** una **soglia di valutazione *ex ante*** di anomalia: si potrebbe usare il criterio dell' art. 97, commi 2 e 2-bis o dell'allegato II.2 del sottosoglia 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 e 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'articolo 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, dati, 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 ≥ 150.000 euro e servizi e forniture ≥ 140.000 fino a soglia.
3. **No** utilizzo **procedure ordinarie** tranne che per lavori ≥ un milione di euro e 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 lett. d) se criterio del **prezzo più basso + assenza** interesse transfrontaliero certo, per **offerte ≥ 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 contratto entro 30 giorni da aggiudicazione.

Artt. 48-55 Appalti sotto soglia

9. **PRINCIPIO DI ROTAZIONE:** valido solo per **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 specificamente 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 ed effettiva assenza di alternative, accurata esecuzione 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 si 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. **Subappalto** c.d. «**qualificatorio**» disciplinato da art. 12 d.l. 47/2014