AOR AVVOCATI

Via Sistina n. 48 - 00187 Roma –
Tel. +39.06.69921687 - Fax: +39.06.39738792
Via Durini n. 25 – 20122 Milano –
Tel +39.02.91090173 – Fax +39.02.37908008
https://www.aoerre.com

FIVE CONSULTING
P.A. & DIGITAL INNOVATION

Sede Legale e Operativa Via Cefalonia 55 – 25124 Brescia (BS) **Filiale di Ancona** Via Albertini 36 – Edificio H3 – 60131 Ancona (AN)

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

seminario di approfondimento in vista dell'efficacia prevista per il 1° luglio 2023.

Relatori:
Consigliere
TAR Lombardia - Milano
Alberto Di Mario

Avv. Andrea Ruffini;
Avv. Matteo Valente;
Avv. Angelo Annibali.

A.R.I.F.
Centro Studi

PROGRAMMA:

- **Introduzione la nuovo codice.**

  I) Come cambia il Codice dal 1° Luglio p.v. : sintesi delle principali novità.

  II) I principi generali. Gli affidamenti sotto-soglia.

  III) Le cause di esclusione.

  IV) La partecipazione dei concorrenti in forma plurisoggettiva.

  V) I criteri di aggiudicazione.

  VI) Soccorso istruttorio.

  VII) Subappalto.

INTRODUZIONE:
Perché un nuovo codice?

Legge delega n. 78/2022

rispetto degli impegni che l'Italia si è assunta con il Piano Nazionale di ripresa e resilienza (tra le riforme abilitanti è stata prevista quella del Codice Appalti)

adeguare la disciplina degli appalti alla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea e a quella della Corte Costituzionale

razionalizzare, semplificare e riordinare la disciplina vigente

evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e giungere alla risoluzione delle procedure avviate

DAL VECCHIO AL NUOVO CODICE

Il Nuovo Codice dei contratti pubblici prevede:

La struttura del nuovo codice

Il D.lgs. 36/2023

- 1 atto normativo costituito da 229 articoli
- 38 allegati con funzione regolatoria

I) Come cambia il Codice dal 1° Luglio p.v.: sintesi delle principali novità.

RIEPILOGO DELLE PRINCIPALI NOVITA':

- Per **le procedure sotto la soglia europea** (articolo 50 del codice) sono adottate stabilmente le soglie previste per l'affidamento diretto e per le procedure negoziate nel cosiddetto decreto "semplificazioni COVID-19" (decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76). Sono previste eccezioni, con applicazione delle procedure ordinarie previste per il sopra-soglia, per l'affidamento dei contratti che presentino interesse transfrontaliero certo.
- Si rimodella **il principio di rotazione** inserendo alcune deroghe all'invito al gestore uscente, coniati dalla giurisprudenza più recente. Ovviamente cristallizzato il principio secondo cui il divieto di invito vale solamente per l'aggiudicatario, non per gli altri partecipanti invitati.
- In tutti gli affidamenti di contratti sotto-soglia sono esclusi i termini dilatori, sia di natura procedimentale che processuale.

RIEPILOGO DELLE PRINCIPALI NOVITA':

- **Nuove procedure** (articoli 62, 62 e 64 del codice) **per la qualificazione delle stazioni appaltanti** (con i nuovi requisiti previsti dall'allegato II.4) e per l'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture; innalzamento a 500 mila euro della soglia entro cui le stazioni appaltanti possono gestire senza qualificazione l'affidamento di lavori, norma corretta proprio a ridosso della prima approvazione del nuovo Codice dei Contratti Pubblici dal Consiglio dei Ministri. Fortemente criticata da ANAC;
- riduzione a **due soli livelli di progettazione**, quello di fattibilità tecnica ed economica P.F.T.E. e l'esecutivo, in materia di lavori pubblici;

RIEPILOGO DELLE PRINCIPALI NOVITA':

- **Impulso alla digitalizzazione** che **diventa un vero e proprio "motore" per modernizzare tutto il sistema dei contratti pubblici e l'intero ciclo di vita dell'appalto. (PARTE II del Libro I).** I pilastri della digitalizzazione si individuano nella **Banca dati nazionale dei contratti pubblici**, nel **fascicolo virtuale dell'operatore economico**, appena reso operativo dall'Autorità nazionale anti corruzione (ANAC), nelle **piattaforme di approvvigionamento digitale**. Inoltre, si realizza una digitalizzazione integrale in materia di accesso agli atti, in linea con lo svolgimento in modalità digitale delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici. Si riconosce espressamente a tutti i cittadini la possibilità di richiedere la documentazione di gara, nei limiti consentiti dall'ordinamento vigente, attraverso l'istituto dell'accesso civico generalizzato.

RIEPILOGO DELLE PRINCIPALI NOVITA':

- **Reintroduzione dell'appalto integrato** sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica approvato e con affidamento del progetto esecutivo e della esecuzione dei lavori – sono escluse le opere di manutenzione ordinaria.
- Altro istituto coniato con la normativa emergenziale: dopo un esilio trentennale è stato confermato l'obbligo di inserimento, nel bando di gara e nei documenti contrattuali, delle **clausole di revisione prezzi** nei casi di variazione del costo dell'opera o del servizio superiore alla soglia del 5%, col riconoscimento in favore dell'appaltatore dell'80% del maggior costo (art. 60).
- **Razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione,** con ridefinizione dell'illecito professionale di cui all'attuale art. 80, mediante il recepimento e codificazione delle le Linee Guida ANAC.
- **Introduzione** del **subappalto a cascata**, in conformità con la normativa europea e previsione di criteri di valutazione da parte della stazione appaltante.

RIEPILOGO DELLE PRINCIPALI NOVITA':

- Possibilità per l'appaltatore di richiedere, prima della conclusione del contratto, la **sostituzione della cauzione o della garanzia fideiussoria** con ritenute di garanzia sugli stati di avanzamento;
- **Estensione dei poteri di vigilanza ANAC** in fase esecutiva e superamento dei poteri di soft law.
- **Rafforzamento delle soluzioni alternative per dirimere le controversie**, con messa a regime del Collegio Consultivo Tecnico.

UNA RIFLESSIONE SULLA «GRANDE ASSENTE» DEL NUOVO CODICE: LA FASE ESECUTIVA.

La riforma in esame è il frutto della necessità di raggiungere un obiettivo del PNNR; necessità di adeguarsi e migliorare il recepimento delle Direttive Comunitarie del 2014, vista l'incapacità di farlo nella precedente riforma che ci ha condotto al D.Lgs. n. 50/2016.

Ebbene, **le Direttive Comunitarie** in parola – la **n. 23** e la **n. 24** – sono tutte **incentrate sulla fase di gara**.

Ciò significa che **la lente di ingrandimento** della Comunità Europea **si ferma alla stipula del contratto**, **non dedicando alcun interesse alla fase esecutiva.**

Su 229 articoli, solamente 13 disposizioni sono dedicate alla parte esecutiva.

Su 38 Allegati, solamente 3 sono dedicati alla parte esecutiva.

I PRINCIPI GENERALI DEL NUOVO CODICE

ARTT. 1-12

I principi generali (Artt. 1-12)

Novità: la codificazione dei principi con funzione ordinante e nomofilattica.

La nuova codificazione risponde alla finalità:

- di disciplinare valori e criteri di valutazione immanenti l'ordine giuridico, caratterizzati da una prevalenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme e dotati di una funzione nomogenetica rispetto alle singole norme;

- di favorire una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilita' della stazione appaltante, valorizzandone autonomia e discrezionalità.

I principi generali (Artt. 1-12)

Ampia rilevanza riservata ai principi generali rispetto al d.lgs.50/2016

Previsione di tre «super principi» che costituiscono criteri interpretativi e applicativi di tutto il Codice:

- Art. 1: principio del risultato.
- Art. 2: principio della fiducia.
- Art. 3: principio di accesso al mercato

ART. 1 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.

Comma 1

- Enuncia l’interesse pubblico primario del codice, come finalità principale che stazioni appaltanti ed enti concedenti devono sempre assumere nell’esercizio delle loro attività.

comma 2
valore funzionale della concorrenza e della trasparenza

CONCORRENZA	TRASPARENZA
Miglior risultato possibile	massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del codice
La concorrenza non è un fine ma uno strumento, che tuttavia può essere sacrificato se ci sono interesse superiori da realizzare (Ccost. n. 131/2020)	Ne assicura la piena verificabilità
Il perseguimento della concorrenza incontra il limite della ragionevolezza e della necessaria consapevolezza degli interessi coinvolti (C. Cost 218/2021)	Verificabilità evoca il concetto di accountability, inteso come responsabilità dei risultati conseguiti

Comma 3

Recepisce gli approdi di numerosi studi sulla c.d. amministrazione di risultato

- 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.

Comma 4

PRINCIPIO DEL RISULTATO

Criterio prioritario

Per l'esercizio del potere discrezionale

Per l'individuazione della regola del caso concreto

Comma 4 lett. a) : valorizza il raggiungimento del risultato come elemento da valutare in sede di responsabilità, per contrastare ogni forma di burocrazia difensiva

Comma 4 lett. b) : il risultato rappresenta il criterio per l'attribuzione e ripartizione di incentivi economici

ART 2. 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.

Corte Costituzionale sent. n. 8/2022

- ***Paura della firma*** e ***burocrazia difensiva*** rappresentano fonte di inefficienza e immobilismo e, quindi, un ostacolo al rilancio economico che richiede, al contrario, una pubblica amministrazione dinamica ed efficiente.

PRINCIPIO DELLA FIDUCIA

- A) codifica il principio della fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta delle PA, dei suoi funzionari e degli operatori economici
- → in netto contrasto con la logica della sfiducia sviluppatesi negli ultimi anni nei confronti dei pubblici funzionari, che ha generato una burocrazia difensiva (c.d. paura della firma)
- B) collega il principio della fiducia a quello del risultato: la fiducia non è incondizionata, è data in cambio della realizzazione del risultato di cui all'art. 1
- C) perimetrazione del concetto di **colpa grave** rilevante ai fini della responsabilità amministrativa dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti, codificando il diritto vivente formatosi nell'ambito della giurisprudenza della Corte dei Conti.
- D) previsione della copertura assicurativa dei rischi per il personale

ART. 3 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.

Principio dell’accesso al mercato

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.

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.*

ART. 5 Principi 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.

ART. 5 Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento.

- 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.

Art. 5 Principio di buona fede e di tutela dell'affidamento

- **È tutelato l'affidamento dell'operatore alla legittima aggiudicazione**
  - Qualora
- L'illegittimità determinata dal comportamento scorretto della PA non sia rilevabile agevolmente in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti

↓

- **Risarcibilità del solo interesse negativo**

↓

Diritto di rivalsa dell'amministrazione sull'aggiudicatario ILLEGITTIMO per sua condotta illecita

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

- 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 amministrazione condivisa**, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, sempre che gli stessi 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 codice del Terzo settore, di cui al decreto legislativo n. 117 del 2017.

ART 6 PRINCIPI DI SOLIDARIETA' E SUSSIDIARIETA' ORIZZONTALE

Recepita la sentenza della Corte Costituzionale n. 131/2020, 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)

ART 6 AFFIDAMENTO DEI SERVIZI SOCIALI FONDATO SU SOLIDARIETA' E SUSSIDIARIETA' ORIZZONTALE

Si tratta di affidamenti a organizzazioni o associazioni che:

- A) abbiano l'obiettivo di svolgere funzioni sociali (c.d. TERZO SETTORE);
- B) non abbiano finalità commerciali;
- C) reinvestano eventuali utili al fine di raggiungere i loro obiettivi.

ART. 7 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 europea.
- 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.

ART. 7 Principio di auto organizzazione amministrativa

- 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.

AUTO-ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA

ART. 8 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.

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

- Recepito il criterio direttivo della lettera l) della Legge Delega
  - «*divieto di prestazione gratuita dell'attività professionale, salvo che in casi eccezionali e previa motivazione*»

⇩

- Generale ammissibilità dei contratti gratuiti con la PA, sempre che non abbiano ad oggetto prestazioni intellettuali, per le quali vale la generale regola di
  - Equo compenso ex art. 2233

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

- **Possibili i contratti animati da spirito di liberalità e privi di interesse economico da parte del donante** (donazioni sia di beni sia di prestazioni)

a condizione che

- La prestazione o il bene siano conformi all'interesse pubblico perseguito o comunque all'interesse della collettività (ad es. la donazione di un bene di valore artistico da parte di una persona fisica o giuridica).

ART. 9 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.
- 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.

ART. 9 Principio di conservazione dell’equilibrio contrattuale

- 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.

ART. 10 Principio di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione

- 1. I contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice.
- 2. **Le cause di esclusione** di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte.
- 3. Fermi i necessari requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese.

ART. 11
Principio di applicazione del CCNL

Cosa prevedeva la Legge Delega?

Art. 1 comma 2 lett. h) n. 2

- → previsione dell'obbligo per le stazioni appaltanti di **inserire**, nei bandi di gara, avvisi e inviti, **criteri** volti a :
- «garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, di **quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale**, **nonche' garantire le stesse tutele economiche e normative** per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare».

Finalità perseguite

a) STABILITA' OCCUPAZIONALE;
b) RAFFORZARE LA TUTELA DEI LAVORATORI IMPIEGATI NELLE COMMESSE PUBBLICHE;
c) LOTTA AI «CONTRATTI PIRATA»;
d) GARANTIRE L'INTERESSE DELLE SA ALLA PROFICUA RIUSCITA DELLA COMMESSA TRAMITE LA TUTELA DEI LAVORATORI IMPIEGATI, EVITANDO FORME DI COMPETIZIONE SALARIALE AL RIBASSO.

L'art. 11 deve essere letto alla luce degli altri principi generali: principio del risultato, della reciproca fiducia, dell'accesso al mercato

ART. 11 COMMA 1
ripropone le previsioni dell'art. 30 comma 4 dell'attuale Codice

- 1. Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di 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.

ART 11 Comma 2:
Novità

- 2. Nei bandi e negli inviti **le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano il contratto collettivo applicabile** al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione, in conformità al comma 1

Il comma 3, nell'ottica di temperare la tutela dei lavoratori con quella di libera iniziativa economica, prevede che:

- Gli operatori economici possono indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo da essi applicato, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente

ART. 11, commi 4 e 5

- 4. Nei casi di cui al comma 3, prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione le stazioni appaltanti e gli enti concedenti **acquisiscono la dichiarazione con la quale l'operatore economico individuato si impegna ad applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale** indicato nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per tutta la sua durata, **ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele**. In quest'ultimo caso, la dichiarazione è anche verificata con le modalità di cui all'articolo 110 (offerte anormalmente basse).
- 5. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano, in tutti i casi, che le medesime tutele normative ed economiche siano garantite ai lavoratori in **subappalto**.

ART. 11, comma 6

riproposizione dell’art. 30 del vigente codice

- In caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarità contributiva relativo a personale dipendente dell'affidatario o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi, impiegato nell’esecuzione del contratto, la stazione appaltante trattiene dal certificato di pagamento l’importo corrispondente all’inadempienza per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la cassa edile. In ogni caso sull’importo netto progressivo delle prestazioni è operata una ritenuta dello 0,50 per cento; le ritenute possono essere svincolate soltanto in sede di liquidazione finale, dopo l'approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo o di verifica di conformità, previo rilascio del documento unico di regolarità contributiva.
- In caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale di cui al primo periodo, il responsabile unico del progetto invita per iscritto il soggetto inadempiente, ed in ogni caso l’affidatario, a provvedervi entro i successivi 15 giorni. Ove non sia stata contestata formalmente e motivatamente la fondatezza della richiesta entro il termine di cui al terzo periodo, la stazione appaltante paga anche in corso d’opera direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate, detraendo il relativo importo dalle somme dovute all’affidatario del contratto ovvero dalle somme dovute al subappaltatore inadempiente nel caso in cui sia previsto il pagamento diretto.

…criticità

Qualora siano applicabili diversi contratti collettivi, l'aggiudicatario può applicare un CCNL diverso da quello indicato dalla SA, purché garantisca le stesse tutele, anche in subappalto.

- Possibile sovrapposizione tra settori di attività → applicabilità di più contratti collettivi conformi all'oggetto dell'appalto → difficile individuazione della disciplina contrattuale applicabile
- Quale competenza della SA nella scelta di molteplici CCNL applicabili?
- Concetto di *identità di tutele* : normative e/o economiche?

...criticità

- Legittimità costituzionale della norma alla luce degli artt. 39 (libertà sindacale) e 41 (libera iniziativa economica) della Costituzione

Nella Relazione illustrativa del nuovo Codice si legge che:

- La previsione non pare in contrasto con l'art. 39 Cost in quanto non è diretta a estendere *ex lege ed erga omnes* l'efficacia del contratto collettivo, ma si limita a indicare le condizioni contrattuali che l'aggiudicatario deve applicare al personale impiegato qualora intenda conseguire l'appalto pubblico, restando libero di applicare condizioni contrattuali diverse nello svolgimento dell'attività imprenditoriale diversa e restando libero di non accettare la clausola dell'appalto pubblico
- La previsione non pare nemmeno in contrasto con l'art. 41 Cost., tenuto conto che la libera iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale.

GLI AFFIDAMENTI SOTTO SOGLIA

Il nuovo codice appalti, d.lgs. 36/2023, prevede un sistema di procedure per l'affidamento differente rispetto all'impianto precedente.

Sono previsti limiti più alti per gli **affidamenti diretti** e un sistema più snello in generale.

Le **procedure per l'affidamento** dei contratti di lavori, servizi e forniture di **importo inferiore alle soglie** di rilevanza europea sono disciplinate **dall'art. 48 e dall'Allegato II.1 del Codice**.

Il nuovo Art.48 detta la disciplina comune applicabile ai contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, *in attuazione della lettera e) del comma 2 dell'art. 1 della legge delega n. 78 del 2022*.

Il **criterio di delega di cui alla lettera e)** prevede, tra l'altro, la "*semplificazione della disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, nel rispetto dei princìpi di pubblicità, di trasparenza, di concorrenzialità, di rotazione, di non discriminazione, di proporzionalità, nonché di economicità, di efficacia e di imparzialità dei procedimenti e della specificità dei contratti nel settore dei beni culturali*".

GLI AFFIDAMENTI SOTTO SOGLIA

Il primo comma dell'art. 48 dispone che l'affidamento e l'esecuzione dei contratti "sottosoglia" (cioè aventi per oggetto lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea) si svolgono nel rispetto dei principi di cui al Libro I, Parti I e II in quanto, vista la loro portata generale, informano tutti gli affidamenti delle stazioni appaltanti, a prescindere dal loro importo.

Il secondo comma dispone che la disciplina delle procedure sotto soglia è applicabile solo agli appalti che non presentano **interesse transfrontaliero certo**;

Laddove sia invece accertato l'interesse transfrontaliero si farà applicazione delle **procedure ordinarie proprie del sopra soglia.**

GLI AFFIDAMENTI SOTTO SOGLIA

L'articolo 50 disciplina, in particolare: le modalità di affidamento dei contratti "sottosoglia", prevedendo:

- l'affidamento diretto per i contratti di importo minore e procedure negoziate senza bando negli altri casi;

- l'individuazione – mediante un rinvio alle disposizioni dell'allegato II.1 – degli operatori economici, sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, da invitare alle procedure negoziate citate;

- la selezione degli operatori da invitare alle medesime procedure negoziate, prevedendo il divieto, per le stazioni appaltanti, di utilizzare metodi di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate;

- le modalità di aggiudicazione delle procedure negoziate in questione.

ART. 50, comma 1:

AFFIDAMENTI SOTTO SOGLIA
(Art. 50, d.lgs.36/23)

Servizi e forniture
(compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione)

Importo (x) in euro	Modalità di affidamento
$x < 140.000$	affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, 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 (lett. b))
$140.000 \leq x <$ soglia europea	procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno 5 operatori economici, ove esistenti, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici (lett. e))

Indicazioni operative per gli affidamenti sotto soglia:

1) **Restano** per gli affidamenti sotto soglia **le condizionalità** prescritte:

- dall'art. 1, comma 3 del Codice (economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità);

- Dall'art. 49 del Codice (**principio di rotazione** degli inviti e degli affidamenti);

- Dall'art. 14, comma 9 lettera a) del Codice (artificioso frazionamento in lotti);

2) Nelle **procedure negoziate** l'individuazione degli operatori economici avviene sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici (sempre nel rispetto del principio di rotazione);

Indicazioni operative per gli affidamenti sotto soglia:

3) l'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche sei soggetti invitati;

4) Per l'affidamento delle procedure sotto soglia le S.A. possono procedere attraverso il mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni;

5) Per gli **affidamenti diretti inferiori ai 5.000 euro** è consentito derogare all'applicazione del **principio di rotazione**;

6) Possibilità di reinvito del contraente uscente nei casi indicati all'art. 49, comma 4 del Codice.

LE NOVITA' IN MATERIA DI CAUSE DI ESCLUSIONE

LA LEGGE DELEGA N. 78/2022

- I criteri direttivi

- Razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione, al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe, individuando le fattispecie che configurano l'illecito professionale di cui all'art. 57, par. 4, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014

I REQUISITI DI ORDINE GENERALE: I NUOVI ARTICOLI.

- 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 GRAVE

Il principio di tassatività.

- Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito.
- Le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte.

Divieto con valenza precettiva (e non programmatica) di introdurre cause di esclusione con fonte regolamentare o con la *lex specialis* del bando di gara.

A chi si applicano le cause di esclusione di cui agli artt. 94 e 95?

- A) **operatori economici partecipanti alle gare per qualsiasi tipologia di contratti disciplinati dal codice, sia sopra che sotto soglia.**
- Art. 68 comma 13: tutti i partecipanti al raggruppamento e al consorzio ordinario possiedono i requisiti generali di cui all'art. 94 e 95.
- Art. 67 comma 3: per gli operatori di cui agli artt. 65 comma 2 e 66 comma 1 lett. g (consorzi stabili) i requisiti sono posseduti anche dalle consorziate esecutrici.

A chi si applicano le cause di esclusione di cui agli artt. 94 e 95?

- B) **soggetti attraverso cui i requisiti gli operatori economici partecipano alle gare.**
- Art. 104 comma 4: l'impresa ausiliaria è tenuta a dichiarare di essere in possesso dei requisiti di ordine generale.
- Art. 67 comma 3: per gli operatori di cui agli artt. 65 comma 2 e 66 comma 1 lett. g (consorzi stabili) i requisiti sono posseduti (anche) dalle consorziate che prestano i requisiti.

A chi si applicano le cause di esclusione di cui agli artt. 94 e 95?

- C) **altri soggetti esecutori.**
- Art. 119, comma 4: i soggetti affidatari dei contratti possono affidare in subappalto a condizione che non sussistano a carico del subappaltatore le cause di esclusione di cui ai requisiti di ordine generale.

Cause di esclusione automatica (art. 94).

- cause di esclusione ad applicazione vincolata: non sussiste alcun margine valutativo da parte della stazione appaltante sulla sussistenza dei presupposti relativi all'esclusione;
- Pieno sindacato giurisdizionale.

Cause di esclusione non automatica (art. 95).

- Cause di esclusione che implicano un margine di apprezzamento della stazione appaltante circa la situazione concreta riconducibile al concetto di discrezionalità tecnica;
- Una volta accertata la fattispecie escludente, il soggetto deve essere successivamente escluso.

Cause di esclusione automatica

ART. 94 comma 1

È causa di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura di appalto la condanna con:

- **sentenza definitiva;**
- **decreto penale di condanna divenuto irrevocabile.**

Cause di esclusione automatica

NOVITA'

- rilevano solo le condanne con sentenza definitiva o con decreto penale di condanna divenuto irrevocabile;

- viene esclusa la rilevanza delle sentenze di applicazione della pena su richiesta ex art 444 cpp;

- la sentenza non irrevocabile di applicazione della pena su richiesta ex 444 cpp costituisce mezzo di prova ai fini del grave illecito professionale.

RESTANO IMMUTATE

- le fattispecie tassative di reato previste dall'art 80 d.lgs. 50/2016;

- le ipotesi nelle quali non è disposta l'esclusione stabilite dall'art. 80 co 3 d.lgs. 50/2016, ora art. 94 comma 7.

Cause di esclusione automatica

ART. 94 comma 1

<u>La condanna deve riguardare uno dei seguenti reati (consumati o tentati).</u>

- associazione a delinquere e associazione di tipo mafioso (artt. 416 e 416-bis c.p.), delitti commessi avvalendosi del vincolo mafioso o al fine di agevolare l'attività delle associazioni mafiose, delitti concernenti traffico di stupefacenti (art. 74 d.P.R. n. 74/1990), contrabbando di tabacchi (art. 291-quater d.P.R. n. 43/1973) e traffico di rifiuti (art. 452-quaterdecies c.p.);

- delitti contro la pubblica amministrazione di cui agli artt. 317 ss. c.p. (concussione, corruzione, induzione indebita), traffico di influenze (art. 346-bis c.p.), turbata libertà degli incanti (art. 353 ss. c.p.p.), inadempimento di contratti di pubbliche forniture (art. 355 c.p.), frode in pubbliche forniture (art. 356 c.p.), corruzione tra privati (art. 2635 c.c.);

Cause di esclusione automatica

ART. 94 comma 1

La condanna deve riguardare uno dei seguenti reati (consumati o tentati)

- false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.);
- frode comunitaria;
- delitti con finalità di terrorismo ed eversione;
- delitti di riciclaggio (artt. 648-bis ss. c.p.);
- sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani.

Ogni altro delitto da cui derivi come pena accessoria l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

Cause di esclusione automatica

ART. 94 comma 2

È causa di esclusione la sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di ragioni di:

-decadenza;

-sospensione;

-divieto;

previste dall'art. 67 del codice delle leggi antimafia

-**delle misure di prevenzione**, di cui al d. lgs. 159/2011;

-**di un tentativo di infiltrazione mafiosa.**

Cause di esclusione automatica

In armonia con i principi del *self-cleaning* di matrice europea, è stata prevista l'inoperatività della causa di esclusione discendente dall'emissione di una misura interdittiva antimafia ove il soggetto sia stato ammesso a controllo giudiziario entro la data di aggiudicazione.

In nessun caso l'aggiudicazione può subire dilazioni in ragione delle pendenza del procedimento suindicato.

Cause di esclusione automatica

Comma 3: L'esclusione è disposta se la sentenza / il decreto / la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti:

- dell'operatore economico ai sensi del d.lgs. 231/2011;
- del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di **impresa individuale;**
- di un socio amministratore o del direttore tecnico, se si tratta di **s.n.c;**
- dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di **s.a.s;**
- dei membri del CDA cui sia stata conferita la legale rappresentanza, compresi institori e procuratori generali;
- dei componenti degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di rappresenta, direzione o controllo.

Cause di esclusione automatica

Comma 3: L'esclusione è disposta se la sentenza / il decreto / la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti:

- **del direttore tecnico o del socio unico;**

(Nel caso in cui il socio sia una persona giuridica, l'esclusione va disposta se la sentenza o il decreto o la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti dell'amministrator);

- **dell'amministratore di fatto.**

È espunto il riferimento ai soggetti cessati dalla carica, ed anche al socio di maggioranza in caso di società con numero di soci pari o inferiore a 4.

Cause di esclusione automatica

ART. 94 comma 6

Sono altre cause di esclusione: **le gravi violazioni definitivamente accertate degli obblighi di pagamento delle imposte e tasse e dei contributi previdenziali.**

La definizione di «gravi violazioni definitivamente accertate» è riportata nell'allegato II.10.

Cause di esclusione automatica

- ***gravi violazioni***: omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di 5.000 euro;
- ***violazioni definitivamente accertate***: contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione;
- ***gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale:*** ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC).

Cause di esclusione automatica

Art. 94 comma 5

Sono altresì esclusi:

- Gli operatori economici sottoposti a liquidazione giudiziale o che si trovino in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o nei cui confronti sia in corso un procedimento per l'accesso a una di tali procedure.
- L'esclusione non opera se, entro la data dell'aggiudicazione, sono stati adottati provvedimenti di cui all'art. 186 bis, comma 4, RD 267/42 e all'art. 95 co 3 del codice della crisi d'impresa.

- ***Fattispecie sostanzialmente riproduttive di quelle già previste dall'art. 80 co 5)***

- l'operatore economico che non abbia presentato la certificazione di cui all'art 17 della L. 68/1999 ovvero non abbia presentato dichiarazione sostitutiva della sussistenza del medesimo requisito;

- l'operatore economico è stato iscritto nel casellario ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara.

Cause di esclusione automatica

Art. 94 comma 5

Causa di esclusione automatica per gli interventi PNRR.

Sono altresì esclusi:

- in relazione alle procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal regolamento (UE) n. 240/2021 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 febbraio 2021 e dal regolamento (UE) n. 241/2021 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, gli operatori economici tenuti alla redazione del rapporto sulla situazione del personale, ai sensi dell'articolo 46 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, che non abbiano prodotto, al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta, copia dell'ultimo rapporto redatto, con attestazione della sua conformità a quello trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità ai sensi del comma 2 del citato articolo 46, oppure, in caso di inosservanza dei termini previsti dal comma 1 del medesimo articolo 46, con attestazione della sua contestuale trasmissione alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità.

Cause di esclusione NON automatica

L'articolo 95 disciplina le **cause di esclusione non automatica**, che rimettono alla **stazione appaltante il potere decisorio di esclusione dell'operatore economico.**

i casi di esclusione non automatica (per la maggior parte già disciplinati al comma 5 dell'art. 80 del vigente Codice dei contratti pubblici), riguardanti specifiche norme sul lavoro, sul conflitto d'interesse, sulla concorrenza, e sugli illeciti professionali, per cui la stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico, qualora accerti:

Comma 1:

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;

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

Cause di esclusione NON automatica

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;

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. In distinto articolo, come previsto dall'art. 1,comma 2, lett. n) della legge delega 78/2022, cioè all'articolo 98 del presente schema, sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi.

Cause di esclusione NON automatica

Altri casi di esclusione (art. 95, comma 2)

È consentita l'esclusione di un operatore economico, sulla base di qualunque mezzo di prova adeguato, per gravi violazioni non definitivamente accertate sugli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali. L'elenco di tali violazioni è indicato nell'allegato II.10.

L'allegato II.10, in tema di individuazione delle violazioni gravi agli obblighi in materia di imposte e tasse ed agli obblighi previdenziali, riproduce integralmente il recentissimo D.M. 28 settembre 2022, emanato in attuazione dell'art. 80, comma 4, del Codice dei contratti pubblici (che viene quindi abrogato dall'art. 227, co. 3 del presente schema).
Si conferma in tale ambito il principio che la gravità del fatto va in ogni caso valutata anche tenendo conto del valore dell'appalto.

Come previsto dall'art. 80, comma 4, del vigente Codice dei contratti pubblici, l'esclusione 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 l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta.

Cause di esclusione NON automatica

Casi di esclusione non disposta:

Il comma 3 prevede che, con riferimento a determinate fattispecie (abusivo esercizio di una professione, bancarotta, reati tributari e urbanistici, e reati commessi da enti) elencate al comma 4, lettera h), dell'articolo 98, l'esclusione non è disposta e il divieto di aggiudicare non si applica quando:

a) il reato è stato depenalizzato;

b) è intervenuta la riabilitazione;

c) nei casi di condanna a una pena accessoria perpetua, questa è stata dichiarata estinta ai sensi dell'art. 179, settimo comma, del codice penale;

d) il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna;

e) la condanna è stata revocata.

DISCIPLINA DELL'ESCLUSIONE

L'articolo 96 disciplina i casi che conducono alla esclusione dell'operatore economico, gli oneri di comunicazione in capo agli operatori economici, le modalità del c.d. "*self-cleaning*" per l'operatore economico, le diverse applicazioni, i termini di decorrenza delle esclusioni, e le conseguenze per le false dichiarazioni o documentazioni.

Al comma 1 è riaffermato il principio generale (contenuto nel comma 6 dell'art. 80 del vigente Codice dei contratti pubblici) che obbliga le stazioni appaltanti ad escludere un operatore economico in qualunque momento della procedura d'appalto, qualora si trovi, a causa di atti compiuti od omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di esclusione automatica e non automatica previste agli articoli 94 e 95.

DISCIPLINA DELL'ESCLUSIONE

Art. 96, comma 2: Non è escluso l'operatore economico che abbia commesso violazioni fiscali e previdenziali, se viene dimostrata l'affidabilità dell'operatore (come indicato al comma 6 del presente articolo) e vengono comunicate le misure adottate (previste ai commi 3 o 4 del presente articolo). In tale ambito non rientrano i casi di violazioni gravi delle cause automatiche e non automatiche di esclusione (previste dal comma 6 dell'art. 94 e dal comma 2 dell'art. 95).

Art.96, comma 3: Se la causa di esclusione si è verificata prima della presentazione dell'offerta, l'operatore economico, contestualmente all'offerta, la comunica alla stazione appaltante e, alternativamente:

a) comprova di avere adottato le misure di cui al comma 6;

b) comprova l'impossibilità di adottare tali misure prima della presentazione dell'offerta e successivamente ottempera ai sensi del comma 4.

DISCIPLINA DELL'ESCLUSIONE

Comma 4: Se la causa di esclusione si è verificata successivamente alla presentazione dell'offerta, l'operatore economico adotta e comunica le misure di cui al comma 6;

Comma 5: Non si prevede dilazione dell'aggiudicazione in ragione dell'adozione delle misure previste al comma 6;

Comma 6: In caso di violazioni fiscali e previdenziali non gravi, l'operatore economico non è escluso dalla procedura d'appalto, qualora le misure adottate sono ritenute sufficienti e tempestive, se lo stesso operatore a tal fine dimostra:

DISCIPLINA DELL’ESCLUSIONE

I) di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito;

II) di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative;

III) e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.

La norma prevede che la valutazione delle misure adottate dagli operatori economici è effettuata considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito, nonché la tempestività della loro assunzione. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, ne comunica le ragioni all'operatore economico.

DISCIPLINA DELL'ESCLUSIONE

Casi particolari di non applicazione delle cause di esclusione (comma 13)

Le cause di esclusione automatiche e non automatiche (articoli 94 e 95) non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca, e affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario, limitatamente a quelle riferite al periodo precedente al predetto affidamento.

DISCIPLINA DELL'ESCLUSIONE

Oneri di comunicazione e omissione (comma 14)

È prevista l'obbligatorietà per l'operatore economico della comunicazione alla stazione appaltante della sussistenza dei fatti e dei provvedimenti che possono costituire causa di esclusione automatica e non automatica (articoli 94 e 95), ove non menzionati nel proprio fascicolo virtuale.

Non costituisce causa di esclusione l'omissione di tale comunicazione o la non veridicità della medesima, che tuttavia può rilevare nella valutazione sulla sussistenza di una condotta integrante illecito professionale (comma 5 dell'articolo 98).

DISCIPLINA DELL'ESCLUSIONE

ALTRA NOVITA': Articolo 97

(Cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti).

L'art. 97 contiene la disciplina specifica che riguarda i raggruppamenti di imprese.

Proprio per le incertezze applicative che avevano indotto la giurisprudenza ad intervenire a più riprese sul tema, è sembrato corretto, a fini sistematici e di chiarificazione, allocare in questa parte del Codice la disciplinare della c.d. « sostituzione» o «estromissione» del partecipante al raggruppamento, che, sebbene successiva al verificarsi dell'evento passibile di conseguenze espulsive, in realtà si pone a monte delle iniziative della stazione appaltante e previene l'adozione di misure espulsive.

DISCIPLINA DELL'ESCLUSIONE

Articolo 97

(Cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti).

Comma 1: **Fermo restando quanto indicato dalle procedure di *self cleaning* previste per le violazioni fiscali e previdenziali commesse dall'operatore economico (articolo 96, commi 2-6), il raggruppamento, che ha un suo partecipante, interessato da una causa automatica o non automatica di esclusione o dal venir meno di un requisito di qualificazione, non è escluso se sostituisce il medesimo partecipante e adempia ai seguenti oneri:**

a) **in sede di presentazione dell'offerta:**

1) ha comunicato alla stazione appaltante la causa escludente verificatasi prima della presentazione dell'offerta e il venir meno, prima della presentazione dell'offerta, del requisito di qualificazione, nonché il soggetto che ne è interessato;

2) ha comprovato le misure adottate di sostituzione o l'impossibilità di adottarle prima di quella data;

b) **ha adottato e comunicato le misure di sostituzione prima dell'aggiudicazione**, se la causa escludente si è verificata successivamente alla presentazione dell'offerta o il requisito di qualificazione è venuto meno successivamente alla presentazione dell'offerta.

DISCIPLINA DELL'ESCLUSIONE

Articolo 97

(Cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti).

Comma 2: Fermo restando quanto previsto nei casi di esclusione (articolo 96), se un partecipante al raggruppamento si trova in una delle situazioni di esclusione automatica e non automatica (articoli 94 e 95) o non sia in possesso di uno dei requisiti di ordine speciale (l'idoneità professionale, la capacità economica e finanziaria, le capacità tecniche e professionali, come previsti all'articolo 100), il raggruppamento lo estromette (con prova) o lo sostituisce con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata.

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.

DISCIPLINA DELL'ESCLUSIONE

Articolo 97

(Cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti).

Comma 3: Le suddette previsioni si applicano anche ai consorzi ordinari, ai consorzi fra imprese artigiane, ai consorzi stabili limitatamente alle consorziate esecutrici e alle consorziate aventi i requisiti di cui i consorzi si avvalgono.**

** in quest'ultimo caso è stato evidenziato che l'applicazione dell'istituto si rende necessaria in quanto le consorziate che prestano i requisiti sono assimilabili agli ausiliari: il rapporto che si instaura è "*molto simile a quello dell'avvalimento*" (**Ad. plen. 18 marzo 2021 n. 5 del Consiglio di Stato**), e quindi soggiace al regime di quest'ultimo, per il quale è la stessa Corte di giustizia ad avere applicato l'istituto della sostituzione (**3 giugno 2021 in causa C-210/20**).

DISCIPLINA DELL'ESCLUSIONE

Articolo 98

L'illecito professionale grave:

L'art. 98 disciplina partitamente la fattispecie del c.d. illecito professionale recependo, nella parte dedicata all'elencazione dei reati, l'indicazione già contenuta nelle Linee Guida ANAC n.6 approvate dal Consiglio dell'Autorità con la delibera n.1309 del 28 dicembre 2016 , aggiornate al d.lgs. N .56 del 19 aprile 2017 con la deliberazione del Consiglio n.1008 dell'11 ottobre 2017.

L'esclusione di un operatore economico per **illecito professionale** è disposta e comunicata dalla S.A. quando ricorrono tutte le seguenti condizioni:

- Elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale;
- Idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore;
- Adeguati mezzi di prova.

DISCIPLINA DELL'ESCLUSIONE

ULTERIORE NOVITA' RIGUARDA I REQUISITI DI ORDINE SPECIALE (ART. 100)

Cosa cambia

- Al fine di consentire la massima partecipazione alla procedura di gara, si stabilisce che è posseduto il requisito di idoneità professionale in caso di **iscrizione per attività non coincidente con l'oggetto dell'appalto, purché «pertinente».**
- Viene disciplinata, con apposito regolamento, la **qualificazione degli operatori economici anche per gli appalti di forniture e servizi**, così da allineare la disciplina della qualificazione per gli appalti di servizi e forniture a quella degli appalti di lavori, così dando vita ad un sistema tendenzialmente unitario;
- Fino all'entrata in vigore del predetto regolamento, le SS.AA. Possono richiedere agli O.E. quale requisito di capacità economica e finanziaria un **fatturato globale maturato nell'anno precedente a quello maturato nell'anno precedente a quello di indizione della procedura non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto.**
- Si prevede la disciplina del **sistema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici** nell'allegato II.12. Viene così superata la disciplina del d.P.R. 207/2010.
- In ultimo, si rinvia a successivo regolamento la qualificazione speciale per gli appalti di lavori di importo pari o superiore ai **20 milioni di euro**.

LA PARTECIPAZIONE DEI CONCORRENTI IN FORMA PLURISOGGETTIVA.

LA PARTECIPAZIONE DEI CONCORRENTI IN FORMA PLURISOGGETTIVA (ARTT.65-68)

- tra le **novità più significative** e impattanti introdotte dal nuovo Codice dei contratti pubblici vi sono per le norme che interessano la disciplina dei consorzi e dei raggruppamenti (**artt. 65 - 68**), rispetto ai quali il legislatore, come detto, è intervenuto al fine precipuo di adeguarne e riformarne le regole, sotto taluni specifici profili, alla luce dei rilievi mossi dalle istituzioni europee e dalla giurisprudenza e, in tal senso, rimuovere alcune disposizioni confliggenti con i principi e le previsioni eurounitarie.
- In particolare, viene recepita la **sentenza della Corte di Giustizia UE C-642/20** con eliminazione dei riferimenti al **ruolo della mandataria** e all'obbligo per quest'ultima di eseguire la parte maggioritaria dell'appalto.
- **Scompare la distinzione tra raggruppamenti verticali e orizzontali**: la nuova configurazione dell'istituto del raggruppamento consente la presentazione di un'offerta sulla base del solo **mandato collettivo**, senza richiedere ulteriori requisiti e comportando la responsabilità solidale dei partecipanti.

LA PARTECIPAZIONE DEI CONCORRENTI IN FORMA PLURISOGGETTIVA (ARTT.65-68)

- **La partecipazione alla gara dei concorrenti in più di un raggruppamento o consorzio ordinario, ovvero in forma individuale,** qualora abbiano partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario, **determina l'esclusione** dei medesimi se sono integrati i presupposti di cui all'art. 95, comma 1, lett. d) (**riconducibilità ad un unico centro decisionale**), sempre che l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara, né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali (art. 68, comma 14).
- Tra le norme transitorie si prevede (art. 225, comma 13) che l'art. 47, comma 2 – bis, del d.lgs.50/2016, si interpreta nel senso che, negli **appalti di servizi** e forniture, la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati, anche se diversi da quelli designati in gara (c.d. **cumulo alla rinfusa**).

LA PARTECIPAZIONE DEI CONCORRENTI IN FORMA PLURISOGGETTIVA (ARTT.65-68)

- **ART. 65:** rubricato «operatori economici», richiama la nozione, per l'appunto, di O.E. contenuta nell'allegato I.1 specificando che essi sono ammessi alle procedure in argomento, assieme agli operatori economici stabiliti in altri Stati membri, costituiti in conformità alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi **(comma 1)**.
- **Al comma 2**, la stessa norma, poi, elenca siffatti operatori economici riproponendo sostanzialmente l'articolazione già prevista dal precedente art. 45, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016.

LA PARTECIPAZIONE DEI CONCORRENTI IN FORMA PLURISOGGETTIVA (ARTT.65-68)

Dunque, si annoverano tra gli operatori economici:

a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, e le società, anche cooperative;

b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro;

c) i consorzi tra imprese artigiane;

d) i consorzi stabili;

e) i raggruppamenti temporanei di concorrenti;

f) i consorzi ordinari di concorrenti;

g) le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete;

h) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE).

LA PARTECIPAZIONE DEI CONCORRENTI IN FORMA PLURISOGGETTIVA (ARTT.65-68)

Il comma 3 del medesimo art. 65 riproduce la disposizione precedentemente contenuta nel citato art. 45, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016, che sancisce la possibilità riconosciuta in capo alle stazioni appaltanti, di "*(...) imporre alle persone giuridiche di indicare, nell'offerta o nella domanda di partecipazione a procedure per l'affidamento di appalti che comportino esecuzione di servizi o lavori nonché di forniture che comportano anche servizi o lavori di posa in opera e di installazione, il nome e le qualifiche professionali delle persone fisiche incaricate di fornire la prestazione e possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente*".

LA PARTECIPAZIONE DEI CONCORRENTI IN FORMA PLURISOGGETTIVA (ARTT.65-68)

Art. 67: disciplina i **Consorzi non** necessari e rinvia al regolamento di cui all'articolo 100, comma 4, per la disciplina dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria necessari che devono possedere i consorzi per imprese artigiane e i consorzi stabili, nonché i consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, per partecipare alle gare. L'articolo disciplina, altresì, con riferimento agli stessi soggetti, il regime transitorio e il regime degli affidamenti cui non si applica l'allegato II.12. I consorziati, sia consorziate esecutrici sia consorziate che "prestano" i requisiti (assimilate agli ausiliari), devono essere in possesso dei requisiti generali.

I consorzi stabili sono tenuti ad indicare se eseguono le prestazioni con la propria struttura o tramite i consorziati che si è ritenuto di mantenere, senza che ciò costituisca subappalto. La previsione non è stata estesa ai consorzi di cooperative, in quanto non è previsto che questi ultimi possano indicare sé stessi come esecutori, stante lo scopo mutualistico.

È previsto che la partecipazione alla gara in qualsiasi altra forma da parte del consorziato designato dal consorzio offerente determina l'esclusione del medesimo, sempre che l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara.

L'articolo in commento disciplina altresì la partecipazione alla gara da parte del consorzio di cooperative.

LA PARTECIPAZIONE DEI CONCORRENTI IN FORMA PLURISOGGETTIVA (ARTT.65-68)

Art. 68: disciplina la **nuova configurazione dell'istituto del raggruppamento temporaneo**, che consente la presentazione di un'offerta sulla base del solo mandato collettivo, senza richiedere ulteriori requisiti comportando la responsabilità solidale dei partecipanti. In sede di offerta, sono specificate le quote di esecuzione delle prestazioni fra i partecipanti al raggruppamento, che costituisce un requisito distintivo rispetto all'avvalimento. Inoltre la stazione appaltante può imporre vincoli esecutivi.

Con specifico riferimento ai raggruppamenti, sono stabiliti sia il divieto di imposizione generalizzata ai raggruppamenti di una determinata forma giuridica, sia le condizioni che consentono di imporre ai raggruppamenti una forma giuridica specifica. In conformità con il superamento dell'istituto dei raggruppamenti verticali e orizzontali, è prevista la possibilità solidale dei partecipanti al raggruppamento.

LA PARTECIPAZIONE DEI CONCORRENTI IN FORMA PLURISOGGETTIVA (ARTT.65-68)

- **Ulteriori disposizioni prevedono:**
  - la possibilità di richiedere ai raggruppamenti di operatori economici condizioni per l'esecuzione di un appalto o di una concessione diverse da quelle imposte ai singoli partecipanti;
  - l'ammissione di raggruppamenti temporanei e di consorzi ordinari a condizione che gli imprenditori partecipanti al raggruppamento siano in possesso dei requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali;
  - l'adesione ad un raggruppamento temporaneo di altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il venti per cento dell'importo complessivo dei lavori;

LA PARTECIPAZIONE DEI CONCORRENTI IN FORMA PLURISOGGETTIVA (ARTT.65-68)

- **Ulteriori disposizioni prevedono:**
  - la necessità del possesso dei requisiti generali per i partecipanti al raggruppamento e al consorzio ordinario;
  - che la partecipazione alla gara in qualsiasi altra forma da parte del partecipante al raggruppamento determina l'esclusione del medesimo se sono integrati i presupposti della causa escludente dell'unico centro decisionale;
  - il divieto di associazione in partecipazione;
  - il recesso del partecipante al raggruppamento e al consorzio;
  - l'applicabilità alla partecipazione alle procedure di affidamento delle aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete.

I CRITERI DI AGGIUDICAZIONE

ART.108

I CRITERI DI AGGIUDICAZIONE (ART. 108)

Cosa cambia:

Sono aggiudicati sulla base del **criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa** individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo:

a) I contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti dall'art. 2, comma 1, lettera e), dell'allegato I.1;

b) I contratti relativi ai servizi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 140.000 euro;

c) 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;

d) Gli affidamenti in caso di dialogo competitivo o di partenariato per l'innovazione;

e) Gli affidamenti di appalto integrato;

f) I contratti relativi di lavori caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o con carattere innovativo.

I CRITERI DI AGGIUDICAZIONE (ART. 108)

Cosa cambia:

Soppressa la norma generale di cui all'art.95, comma 10-bis del d.lgs.50/2016 sul peso ponderale massimo al prezzo pari al 30%. È prevalsa la volontà di rimettere alle S.A. la scelta di quanto incida l'aspetto tecnico e quello economico, svincolandole da soluzioni precostituite, in quanto tali necessariamente astratte.

L'obiettivo perseguito dalla nuova formulazione è proprio quello di consentire la migliore fruizione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, adeguando il peso delle due componenti (prezzo e qualità) alle effettive caratteristiche dello specifico appalto.

Sono tuttavia previste **due eccezioni**:

- Per i contratti ad alta intensità di manodopera, la S.A. stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30%;
- Nelle attività di approvvigionamento di **beni e servizi informatici** per la P.A., le S.A., incluse le centrali di committenza, nella valutazione dell'elemento qualitativo ai fini dell'individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo per l'aggiudicazione, tengono sempre in considerazione gli **elementi di cybersicurezza**, attribuendovi specifico e peculiare rilievo nei casi in cui il contesto di impiego è connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici. Nei casi di cui sopra, quando i beni e servizi informatici oggetto di appalto sono impiegati in un contesto connesso alla **tutela degli interessi nazionali strategici, la S.A. stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 10%**.

I CRITERI DI AGGIUDICAZIONE (ART. 108)

Cosa cambia:

- Ai fini della tutela della libera concorrenza e della promozione del pluralismo degli operatori di mercato, le procedure relative agli affidamenti sopra soglia possono prevedere, nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, **i criteri premiali atti a favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese nella valutazione dell'offerta**. Le disposizioni di cui al 3° periodo si applicano compatibilmente con il diritto UE e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.
- Al comma 11 dell'art. 108, ove si prevede che in caso di appalti di lavori aggiudicati con il criterio dell'OEPV individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, le S.A. non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta, **rispetto alla formulazione vigente si chiarisce che la disposizione è applicabile ai soli appalti di lavori.**

I CRITERI DI AGGIUDICAZIONE (ART. 108)

- **Focus: la parità di genere**

- *Al fine di promuovere la parità di genere, le stazioni appaltanti prevedono nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, il maggior punteggio da attribuire alle imprese per l'adozione di politiche tese al raggiungimento della parità di genere comprovata dal possesso della certificazione della parità di genere di cui all'articolo 46-bis del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198.*
- * La previsione è una delle sole due ipotesi (l'altra riguarda la cybersicurezza negli appalti di beni e servizi informatici), in cui il nuovo Codice entra nel merito dell'attribuzione dei punteggi premiali all'offerta tecnica, per il resto rimessa interamente alla discrezionalità delle amministrazioni.

I CRITERI DI AGGIUDICAZIONE (ART. 108,Co.7)

Focus: la parità di genere

- Tale disposizione è stata investita dalla prima modifica del nuovo Codice, avvenuta ancor prima che lo stesso acquisisse efficacia. l'art. 2, D.L. 29 maggio 2023, n. 57, ha eliminato la possibilità di comprovare attraverso un'autocertificazione il possesso dei requisiti per il rilascio della certificazione della parità di genere ai fini dell'attribuzione del punteggio premiale.
- La formulazione originaria dell'art. 108, co. 7, consentiva in effetti di provare il possesso dei suddetti requisiti attraverso un'"*autocertificazione*", la cui attendibilità sarebbe stata verificata dalla stazione appaltante "*con qualsiasi mezzo adeguato*". Il nuovo testo, invece, richiede nuovamente (come il previgente art. 95, co. 13, d.lgs. n. 50/2016, come modificato nel 2022) che l'adozione di politiche tese al raggiungimento della parità di genere al fine del conferimento di un maggior punteggio possa essere comprovata solo dal possesso della certificazione di cui all'art. 46-*bis* del Codice delle pari opportunità.

I CRITERI DI AGGIUDICAZIONE (ART. 108,Co.7)

Focus: la parità di genere

- Già per gli appalti connessi al PNRR e PNC era previsto che :
- le Stazioni Appaltanti prevedono nella *lex specialis* l'obbligo per gli operatori di assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, una quota pari almeno al 30 per cento delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali, sia all'occupazione giovanile sia all'occupazione femminile (art. 47, comma 4, ultima parte, D.L. 77/2021)
- Secondo i dati ANAC , tuttavia, quasi il 70% degli appalti del PNRR e PNC prevede una deroga totale alla clausola che obbliga le imprese aggiudicatrici ad occupare almeno il 30% di giovani e donne.

IL SOCCORSO ISTRUTTORIO

ART.101

IL SOCCORSO ISTRUTTORIO (ART.101)

- **Cosa cambia:**

- Il **soccorso istruttorio** si fonda sulla **leale collaborazione** delle parti (SS.AA. E OO.EE), ispirata alla **fiducia** nell'attività dell'amministrazione e alla responsabilità dell'operatore economico, secondo i noti **principi di buona fede**, e nel rispetto del principio della ***par condicio***.
- Si afferma **l'obbligo della S.A. di attivare il soccorso istruttorio** sia per integrare la documentazione trasmessa, sia allo scopo di sanare eventuali omissioni, inesattezze ed irregolarità.
- È stata **eliminata la definizione** – foriera di dubbi- tra **irregolarità essenziali e non essenziali.**
- Per la prima volta si prevede la **possibilità per l'operatore economico di emendare un proprio errore materiale in cui sia incorso nell'elaborazione dell'offerta** (es: una incongruenza tra importi unitari e importo complessivo dell'offerta economica) prima che la stessa sia esaminata e, in particolare, fino al giorno fissato per l'apertura delle buste contenenti l'offerta.

IL SUBAPPALTO

ART.119

Disciplina completamente rinnovata già dal decreto ‘sblocca cantieri’ e dall’art. 45 del DL 77/2021 semplificazioni bis.

IL SUBAPPALTO (ART.119)

- **Cosa cambia:**

- Si è apportata una correzione per rimediare ad un'imprecisione teorica riguardante il regime delle **nullità** collegato al divieto di cessione del contratto e ai limiti del subappalto. Si è quindi previsto che la nullità riguardi il contratto di cessione e gli accordi in deroga ai limiti normativi del subappalto, mentre l'ambigua formulazione dell'art. 105, comma1, del d.lgs.50/2016 riferiva la nullità piuttosto, al contratto ceduto.
- Si è riferito il limite al subappalto a alla **prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla «categoria prevalente»** piuttosto che al «complesso delle categorie prevalenti» (come nel comma 1 dell'art. 105) per collegare la previsione all'attuale sistema di qualificazione degli O.E., secondo cui la categoria prevalente è unica.
- Viene ammessa e disciplinata la figura del c.d. «**subappalto a cascata**» (vietata nel d.lgs. 50/2016; l'eventuale limitazione deve essere motivata nella decisione a contrarre.

IL SUBAPPALTO (ART.119)

NOVITA' SUL SUBAPPALTO A CASCATA

- È possibile il subappalto del subappalto;
- Si rimedia così alla procedura di infrazione n. 2018/2273.

La Commissione UE con lettera di costituzione in mora del 6/4/22:

«gli Stati membri non possono imporre ai subappaltatori un divieto generale e universale di fare a loro volta ricorso ad altri subappaltatori. Questa conclusione è ulteriormente confermata dal fatto che (…) le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE non recano disposizioni che consentano di imporre un limite obbligatorio all'importo dei contratti pubblici che può essere subappaltato»;

- Nei documenti di gara si indicano le prestazioni non passibili di subappalto a cascata per caratteristiche dell'appalto ed esigenze di controllo del cantiere e dei luoghi di lavoro o rischio infiltrazioni criminali.

IL SUBAPPALTO (ART.119)

La disposizione proposta, così come quella attuale, non affronta il tema del subappalto c.d. qualificatorio o necessario, perché, a rigore, è quest'ultimo istituto ad essere eccentrico rispetto alla causa del contratto di subappalto quale delineata nel comma 2. La questione dell'ammissibilità del subappalto per l'esecuzione dei lavori riguardanti le categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria attualmente desumibile dalla perdurante vigenza dell'art. 12, comma 14, del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 2014, n. 80 - attiene alla qualificazione degli operatori economici, di cui, in particolare, all'art. 100.

IL SUBAPPALTO (ART.119)

Art. 119 comma 1

- È 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 (in luogo del complesso delle categorie prevalenti)

IL SUBAPPALTO (ART.119)

- Art. 119 comma 2

- Rimane ferma la possibilità per la SA di limitare il subappalto, previa adeguata motivazione nella decisione di contrarre, in ragione:

- delle specifiche caratteristiche dell'appalto;
- dell'esigenza di rafforzare il controllo delle attività di cantiere dei luoghi di lavoro;
- dell'esigenza di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori;
- dell'esigenza di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali.

IL SUBAPPALTO (ART.119)

Art. 119 comma 3

- adeguato il testo normativo alla giurisprudenza in tema di prestazioni demandabili ai lavoratori autonomi e prestazioni esenti dalla disciplina del subappalto perché oggetto di rapporti esistenti prima dell'indizione della procedura di gara, limitando, in entrambi i casi, il riferimento alle prestazioni "secondarie, accessorie o sussidiarie", secondo le indicazioni giurisprudenziali.
- → 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.

IL SUBAPPALTO (ART.119)

Art. 119 comma 6

- *L'affidatario è tenuto ad osservare il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni secondo quanto previsto all'articolo 11. È, altresì. responsabile in solido dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto nel rispetto di quanto previsto dal comma 12.*
- *Per il pagamento delle prestazioni rese nell'ambito dell'appalto o del subappalto, la stazione appaltante acquisisce d'ufficio il documento unico di regolarità contributiva in corso di validità relativo all'affidatario e a tutti i subappaltatori.*

FIVE CONSULTING
P.A. & DIGITAL INNOVATION

Sede Legale e Operativa Via Cefalonia 55 – 25124 Brescia (BS)
Filiale di Ancona Via Albertini 36 – Edificio H3 – 60131 Ancona (AN)

AOR
AVVOCATI

Via Sistina n. 48 - 00187 Roma –
Tel. +39.06.69921687 - Fax: +39.06.39738792
Via Durini n. 25 – 20122 Milano –
Tel +39.02.91090173 – Fax +39.02.37908008
https://www.aoerre.com

Grazie per l'attenzione

Moderatore:
Avv. Andrea Ruffini;

Relatori:
Avv. Matteo Valente;
Avv. Angelo Annibali;

Consigliere
TAR Lombardia - Milano
Alberto Di Mario

A.R.I.F.
Centro Studi

AOR AVVOCATI

Via Sistina n. 48 - 00187 Roma –
Tel. +39.06.69921687 - Fax: +39.06.39738792
Via Durini n. 25 – 20122 Milano –
Tel +39.02.91090173 – Fax +39.02.37908008
https://www.aoerre.com

FIVE CONSULTING
P.A. & DIGITAL INNOVATION

Sede Legale e Operativa Via Cefalonia 55 – 25124 Brescia (BS) **Filiale di Ancona** Via Albertini 36 – Edificio H3 – 60131 Ancona (AN)

Grazie per l'attenzione

Relatori:
Consigliere
TAR Lombardia - Milano
Alberto Di Mario;

Avv. Andrea Ruffini;
Avv. Matteo Valente;
Avv. Angelo Annibali.

A.R.I.F.
Centro Studi