

NEWSLETTER

n. 03/2023



**Osservatorio
Regionale**
CONTRATTI PUBBLICI

Sezione Raccordo al sistema regionale
Dirigente: **Giuseppe D. SAVINO**



In questo numero:

LA GRANDE NOVITA' DEL NUOVO CODICE
DEGLI APPALTI di cui al Decreto legislativo 31
marzo 2023, n. 36: I PRINCIPI GENERALI - II
Parte

Bari, 15/09/2023

Autore: **Valeria CITARELLA**
Responsabile P.O. Affari Legali

LA GRANDE NOVITA' DEL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI di cui al Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36: I PRINCIPI GENERALI

Il Titolo I della Parte I del nuovo Codice degli appalti, di cui al D.Lgs. n. 36/2023, è interamente dedicato ai "Principi generali": un articolato composto da dodici disposizioni dedicate esclusivamente ai principi, cui le stazioni appaltanti e gli enti concedenti sono chiamati a uniformarsi nell'intero ciclo di vita dell'appalto, con un rilievo particolare e determinante assegnato ai primi tre dei dodici principi enunciati - quello del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato - cui l'art. 4 attribuisce espressamente valore di criterio interpretativo e applicativo di tutte le disposizioni del codice. Appaiono, pertanto, di tutta evidenza l'importanza e l'impatto della richiamata innovazione sull'intero assetto della normativa di nuova introduzione.

Ai richiamati principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato, sanciti dalle disposizioni di apertura del Codice, è stata dedicata la precedente newsletter¹.

La presente newsletter espone e spiega i principi sanciti dagli artt. da 5 a 12 del Codice dei contratti, anche questa volta, attraverso un largo riferimento a quanto riportato nella Relazione illustrativa allo schema di legge², al fine di fornirne una lettura quanto più possibile oggettiva e, allo stesso tempo, sintetica.

¹ <https://www.regione.puglia.it/web/osservatorio-regionale-dei-contratti-pubblici/pubblicazioni>

² https://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/2023_0036_Codice_Contratti_Relazione.pdf

Art. 5 PRINCIPI DI BUONA FEDE E TUTELA DELL’AFFIDAMENTO

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

Si tratta di una norma specifica sull’obbligo reciproco di correttezza (per p.a. e operatore economico) che si giustifica a maggior ragione nell’ambito delle procedure di evidenza pubblica, le quali hanno una chiara valenza pre-contrattuale.

In particolare, la responsabilità pre-contrattuale della p.a. deriva dalla violazione imputabile a sua colpa dei canoni generali di correttezza e buona fede e postula che il concorrente abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipula del contratto, da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura. In particolare, *“in caso di aggiudicazione annullata (su ricorso di terzi o in autotutela)”* l’operatore economico può

vedere riconosciuta una responsabilità in capo alla p.a. solo ove l'affidamento dello stesso operatore economico non sia stato a sua volta inficiato da colpa. La norma, infatti, esclude il carattere incolpevole dell'affidamento nel caso in cui l'illegittimità della procedura sia da ritenersi agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti (co. 3). In positivo, l'affidamento dell'operatore economico è "colpevole" (con esclusione della responsabilità della p.a. per violazione dell'affidamento) se questi avrebbe potuto (e dovuto) rilevare il carattere illegittimo della procedura, in base alla ordinaria diligenza professionale richiesta ai concorrenti.

Il danno risarcibile è quello correlato alle conseguenze negative che la scorrettezza della p.a. ha avuto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico. Sul piano del *quantum*, il riferimento è quindi al c.d. interesse negativo: i costi inutilmente sostenuti per partecipare alla gara e alla c.d. *chance* contrattuale alternativa. Tali danni devono essere effettivi e provati (co. 3).

La disposizione reca, infine, il fondamento normativo all'azione di rivalsa. In particolare, l'amministrazione che sia stata condannata al risarcimento del danno a favore del terzo illegittimamente pretermesso nella procedura di gara può rivalersi nei confronti dell'operatore economico che sia risultato aggiudicatario sulla base di una (sua) condotta illecita (co. 4); la norma va altresì coordinata con la modifica all'art. 124 del Codice del Processo amministrativo ad opera dell'art. 209, co. 6., lett. d), D.Lgs. n. 36/2023 che ha previsto l'estensione della cognizione del giudice amministrativo anche

alle azioni risarcitorie e a quelle di rivalsa.

art. 6 PRINCIPI DI SOLIDARIETA' E SUSSIDIARIETA' 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 amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa gli enti del Terzo settore di cui al codice del Terzo settore di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, sempre che gli stessi i 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.

L'articolo sancisce 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, recependo la sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale. In particolare, per i servizi sociali di interesse generale erogati dagli enti del Terzo settore (ETS) è previsto, in alternativa al ricorso al mercato, l'affidamento (diretto). Questa modalità non rappresenta una deroga al modello generale basato sulla concorrenza, bensì uno schema alternativo, a sua volta generale. Si tratta di affidamenti a organizzazioni o associazioni aventi l'obiettivo di svolgere funzioni sociali (c.d. Terzo Settore) e prive di finalità commerciali³.

Il fondamento costituzionale si rinviene nel principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 4 Cost., in quanto è previsto il coinvolgimento della società civile

³ Corte di giustizia dell'Unione Europea, sentenza 21 marzo 2019, C-465/17, punto 59.

nello svolgimento di funzioni amministrative.

Si prevede che gli enti affidatari dei servizi debbano essere scelti nel rispetto dei principi di non discriminazione, trasparenza ed effettività (e sempre in base al principio del risultato).

In tal modo si attribuisce portata generale a quanto già previsto dagli artt. 55 e 57 del codice del Terzo settore, chiarendo il rapporto di non conflittualità tra le norme considerate e il Codice dei contratti pubblici.

Occorre prestare particolare attenzione alle organizzazioni di volontariato cui la disposizione si riferisce e alle quali, pertanto, è consentito affidare legittimamente servizi attraverso *“modelli organizzativi di amministrazione condivisa”* e, quindi - si ribadisce - in alternativa all'applicazione del Codice dei Contratti.

Sono enti del terzo settore, ai sensi dell'art. 4, co. 1, D.Lgs. n. 117/2017 *“le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di*

beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore”.

In particolare, la nozione di organizzazioni o di associazioni che possono beneficiare di “affidamenti diretti” deve essere strettamente circoscritta alle organizzazioni e alle associazioni che non perseguono alcun fine di lucro e che non possono lucrare alcun utile, neppure indiretto, ai loro membri, non rientrando pertanto in siffatta nozione le cooperative sociali che, distribuendo utili ai soci, non possono definirsi “senza scopo di lucro”⁴.

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.

*3. L'affidamento in house di servizi di interesse economico generale di livello locale è disciplinato dal **decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201**.*

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

⁴ Corte di Giustizia dell'Unione europea, sezione VII, sentenza 7 luglio 2022.

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.*

L'articolo 7 recepisce il principio di auto-organizzazione amministrativa, sancito anche nell'art. 2 direttiva 2014/23/UE, in base al quale le pubbliche amministrazioni scelgono autonomamente di organizzare l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso il ricorso a tre modelli fra loro alternativi:

- a) auto-produzione (affidamento *in house*)
- b) esternalizzazione (ricorso al mercato, con applicazione della normativa in materia di contratti pubblici);
- c) cooperazione con altre pubbliche amministrazioni (modello del partenariato pubblico-pubblico).

La codificazione del principio in esame determina un maggiore allineamento del diritto nazionale all'ordinamento dell'Unione europea, che pone l'auto-produzione e l'esternalizzazione su di un piano di tendenziale parità, così superando l'opzione

fortemente restrittiva del d.lgs. n.50/2016 nei confronti dell'*in house*, sulla quale si erano appuntati i dubbi di compatibilità comunitaria.

E proprio nell'ottica del superamento dell'atteggiamento restrittivo verso il modello dell'auto-produzione, si spiega anche la scelta di non riproporre il particolare procedimento di iscrizione delle società *in house* nel registro ANAC, previsto dall'art. 192 del d.lgs. n. 50/2016.

In base alla normativa introdotta, la parità tra ricorso al mercato e auto-produzione è, come accennato, solo tendenziale in quanto a supporto della scelta di affidare *in house* è richiesta una motivazione, anche con riferimento alla congruità economica dell'offerta (a differenza di quanto accade per il ricorso al mercato, che non richiede specifica motivazione); viene, invece, escluso l'obbligo di dimostrare la situazione di "*fallimento del mercato*" e di esporre le ragioni che giustificano il ricorso all'istituto.

Con particolare riguardo alla motivazione necessaria per un affidamento *in house* legittimo:

→per i servizi all'utenza, è richiesto che siano evidenziati i vantaggi per la collettività sotto il profilo della qualità e universalità del servizio, oltre che del risparmio di tempo e del razionale impiego;

→per i servizi strumentali alla pubblica amministrazione, è sufficiente una motivazione più snella, con riferimento alla riduzione di tempi e costi sulla base di parametri

predeterminati e oggettivi di raffronto; ai fini della legittimità dell'affidamento *in house* occorre, quindi, una motivazione incentrata prevalentemente su ragioni di convenienza economica, anche con riferimento a parametri oggettivi e predeterminati di rapporto qualità/prezzo. Più nello specifico, si devono considerare gli standard della società Consip S.p.a. Accanto agli standard Consip, sono indicati altri parametri a cui è possibile fare riferimento tenuto conto della tipologia di prestazione e, in mancanza, agli standard di mercato; si tratta, in ogni caso, di parametri accomunati dalla predeterminazione e dell'oggettività.

Con riguardo al modello del partenariato pubblico-pubblico, la disposizione disciplina gli accordi tra pubbliche amministrazioni per lo svolgimento in comune di compiti di interesse pubblico (art. 15, L. n. 241/1990), con una riformulazione semplificata della previsione di cui all'art. 5, comma 6, del d.lgs. n.50/ 2016, rispetto alla quale si tiene conto dell'elaborazione giurisprudenziale nazionale e sovranazionale. In particolare, Le amministrazioni che partecipano all'accordo possono avere competenze diverse e perseguire finalità pubbliche diverse, purché la reciproca collaborazione consenta a ciascuna di realizzare il proprio obiettivo. Elemento determinante è l'assenza di una logica di scambio, che in questi accordi deve mancare, a favore dello svolgimento in comune di attività dirette a soddisfare interessi pubblici, anche non coincidenti ma rientranti nella missione istituzionale di ciascuna amministrazione partecipante all'accordo.

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.*

In virtù del generale riconoscimento della capacità negoziale della p.a., salvo i divieti previsti dalla legge, è sancito il principio di tassatività della limitazione della capacità negoziale della p.a.; ne deriva che la capacità negoziale dell'amministrazione deve ritenersi limitata solo a fronte di una esplicita previsione di legge (come ad es. quella contenuta, per la conclusione del contratto di società, nell'art. 4, c. 1, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, che fa divieto di "*costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali*").

La disposizione stabilisce anche il "*divieto di prestazione gratuita dell'attività professionale, salvo che in casi eccezionali e previa motivazione*". Il divieto è da intendersi in senso letterale e, quindi, riferito solo alle "prestazioni d'opera intellettuale" di cui agli

articoli 2229 e seguenti del codice civile, per le quali deve operare la regola dell'equo compenso ai sensi dell'art. 2233 c.c.

Per il resto si ribadisce, invece, la generale ammissibilità dei contratti gratuiti con la p.a. che non abbiano ad oggetto prestazioni intellettuali. In armonia con il principio di autonomia contrattuale di cui al co. 1, la disposizione chiarisce che l'amministrazione, come tutti i soggetti di diritto (salvo incapacità giuridiche speciali) ha la capacità giuridica di ricevere per atto di liberalità. Rispetto agli altri soggetti del diritto, l'unica condizione aggiuntiva per l'accettazione è data dalla necessità della previa valutazione che l'acquisizione del bene o del servizio sia conforme all'interesse pubblico perseguito o, comunque, all'interesse della collettività. La precisazione è volta ad escludere donazioni o atti di liberalità posti in essere dal donante/disponente al solo scopo di liberarsi da oneri di manutenzione di beni immobili privi di qualunque utilità o valore, traslandoli sul donatario. Si chiarisce altresì che nel caso di donazioni non è richiesta alcuna procedura di selezione del contraente, attesa l'assenza di qualunque interesse economico.

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.

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** [concernenti, rispettivamente, la revisione prezzi e la modifica dei contratti in corso di esecuzione].*

La norma regola il fenomeno dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, disciplinando le sopravvenienze che possono verificarsi nel corso dell'esecuzione del contratto, alterandone l'equilibrio originario o facendo venir meno, in parte o temporaneamente, l'interesse del creditore alla prestazione. Viene così sancito il diritto della parte svantaggiata alla rinegoziazione, cui corrisponde un obbligo in capo alla controparte.

Le sopravvenienze che rilevano ai fini dell'applicazione della norma sono espressamente individuate. In particolare:

- deve trattarsi di eventi straordinari e imprevedibili, estranei anche al normale ciclo economico, integrando uno shock esogeno eccezionale e imprevedibile;

- i rischi concretizzati da tali eventi non devono essere stati volontariamente assunti dalla parte pregiudicata dagli stessi e che fa valere il diritto alla rinegoziazione;

- 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.

L'onere della prova degli elementi indicati grava sulla parte svantaggiata che chiede di esercitare il diritto alla rinegoziazione.

La rinegoziazione, ove riconosciuta, non altera il finanziamento complessivo dell'opera, in quanto ammessa nei limiti dello stanziamento di bilancio originario: il reperimento delle risorse avviene nell'ambito del quadro economico e, dunque, entro gli stanziamenti previsti e, se necessario, attraverso il ricorso alle "economie da ribasso d'asta"⁵, con la precisazione che tali economie non si possono considerare definitivamente acquisite fino al collaudo dell'intervento o al certificato di regolare esecuzione. Una recente sentenza del Consiglio di Stato, la n. 5989, pubblicata lo scorso 19 giugno⁶, ha chiarito la portata applicativa del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, introdotto dal nuovo art. 9 del D. Lgs. n. 36/2023. Si riportano di seguito i passaggi essenziali sul punto: *"A tal riguardo si osserva che, non a*

⁵ Con la precisazione che tali economie non si possono considerare definitivamente acquisite fino al collaudo dell'intervento o al certificato di regolare esecuzione.

⁶ consultabile al seguente link:

https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza?nodeRef=&schema=cds&nrg=202302271&nomeFile=202305989_11.html&subDir=Provvedimenti

caso, anche il nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. del 31 marzo 2023 n. 36, che pure all'art. 9 introduce innovativamente il principio di conservazione dell'equilibrio negoziale e il dovere ex fide bona di rinegoziazione del contratto, fissa al comma due il relativo limite costituito dalla mancata alterazione della sostanza economica del contratto, nonché, ai commi 5 e 6 dell'art. 120, la necessità che le modifiche al contratto non siano "sostanziali" ovvero non incidano, come nel caso della variante proposta dall'A.T.I. Vibeco, sulla struttura dell'operazione economica sottesa al contratto di affidamento del servizio di smaltimento dei rifiuti. Senza contare, inoltre, che, sempre nella prospettiva della tutela della parità dei potenziali concorrenti, occorrerebbe ritenere praticabili esclusivamente quelle modifiche che siano state in qualche modo "preventivate" nel bando, circostanza quest'ultima non verificatasi nel caso all'esame del Collegio.

Alla luce di quanto sin qui rilevato non può essere condivisa l'affermazione dell'appellante secondo la quale il comportamento della Regione Calabria avrebbe violato il principio di buona fede nel corso delle trattative negoziali. In senso contrario si evidenzia che il principio di buona fede, se impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere del neminem laedere, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte (cfr. ex pluribus, Cass. Civ., Sez. III, 7.6.2006, n. 13345), non può arrivare fino al punto di imporre alla Regione committente di accondiscendere ad una modifica sostanziale del servizio posto a base della gara e contrastante con l'esigenza di evitare la

saturazione delle discariche nel territorio calabrese, su cui si imperniava l'intervento".

art. 10, PRINCIPI DI TASSATIVITA' 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.*

La disposizione cristallizza il principio della tassatività delle cause di esclusione, con un duplice risvolto. Da un lato, indica la preferenza per il riordino e la codifica all'interno del Codice di tutti motivi di esclusione, in coerenza con i principi di qualità della regolazione e coerenza sistematica. Tanto, nel quadro di un ordinamento in cui non opera la figura della *loi organique* francese, con la conseguenza che non è dato escludere che il legislatore in futuro possa giustapporre norme speciali e asistematiche alla disciplina codicistica. Tuttavia, trattandosi di un principio fondamentale del codice, si è voluto comunque, in via programmatica, invitare il legislatore a questo sforzo sistematico di evitare, per quanto possibile, l'introduzione di cause di esclusione "extra-

codicistiche”.

Dall’altro lato, la disposizione comporta, stavolta con valenza precettiva e non programmatica, il divieto di introdurre cause di esclusione, con fonte regolamentare o con la *lex specialis* del bando di gara. Al riguardo, recependo l’orientamento espresso dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 22 del 2020, viene specificato che le clausole nulle “si considerano non apposte”, in tal modo chiarendo che trattasi di una nullità parziale limitata alla clausola e che non si estende all’intero atto.

Accanto al principio di tassatività delle cause di esclusione si è ritenuto di inserire altresì quello di eterointegrazione dei bandi e delle lettere di invito, alla luce delle riflessioni emerse nell’elaborazione giurisprudenziale. Detto principio è correlato a quello di tassatività; ove venga in rilievo, infatti, un precetto previsto da una norma imperativa che impone un determinato onere ai partecipanti alla gara, la sua violazione non può che determinare l’esclusione, anche laddove il bando di gara abbia ommesso di menzionare la necessità di produrre dichiarazioni o allegazioni “a pena di esclusione”.

Art. 11 PRINCIPIO DI APPLICAZIONE DEI CCNL DI SETTORE. INADEMPIENZE CONTRIBUTIVE E RITARDO NEI PAGAMENTI

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.

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.

3. 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.

*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**.*

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.

6. 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 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 quindici 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.

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 (devono indicare) 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 siano assicurate le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente; 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.50/2016.

Art. 12 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.*

Riproponendo quanto già stabilito con l'art. 30, co. 8, D.Lgs. n. 50/2016, la disposizione contiene un duplice rinvio esterno che opera in assenza di una diversa espressa

previsione contenuta nel codice: da un lato, il rinvio è alla L. n. 241/1990 per quanto riguarda la disciplina della procedura di affidamento e di tutte le altre attività amministrative in materia di appalti; dall'altro lato, si rinvia al codice civile per la stipula e l'esecuzione del contratto.

Newsletter n. 03/2023

La presente *newsletter*, ad uso interno, si inserisce in un percorso finalizzato alla formazione e aggiornamento dei R.U.P. della Regione Puglia operanti nell'ambito dei contratti pubblici.

Il contenuto della *newsletter* è tutelato dalla Legge 22 aprile 1941. n.633, per cui non è pubblicabile, neanche parzialmente, da terzi se l'autore non lo consente esplicitamente previa richiesta formale.

In ogni caso il riassunto, la citazione o la riproduzione del contenuto della presente *newsletter* debbono essere sempre accompagnati dalla menzione del numero della *newsletter*, del titolo dell'opera, del nome dell'autore e della struttura regionale in cui è incardinato.

Le precedenti *newsletter* sono liberamente accessibili nella pagina web dell'Osservatorio regionale:

<https://www.regione.puglia.it/web/osservatorio-regionale-dei-contratti-pubblici/pubblicazioni>



REGIONE PUGLIA

Sezione Raccordo al sistema regionale

Via G. Gentile n. 52, Bari