



Webinar «Nuovo Codice dei Contratti Pubblici»

15 giugno 2023

Nuovo Codice dei Contratti Pubblici

I requisiti di ordine generale (articoli 94-98)

Giorgia Romitelli, Partner

Roberta Moffa, Lawyer

I requisiti di ordine generale

L'intento del legislatore

- Esigenza di riordino dei requisiti di ordine generale, semplificazione e introduzione di una disciplina chiarificatrice che consenta agli operatori economici e alle stazioni appaltanti di orientarsi meglio rispetto al passato → l'art. 80 del D.lgs 50/2016 è la disposizione su cui si è concentrato il maggior numero di contenzioso

1) Cause di esclusione automatica (art. 94)	Assenza di margine valutativo della stazione appaltante
2) Cause di esclusione non automatica (art. 95)	La rilevanza della fattispecie deve essere accertata previo contraddittorio con o.e.
3) Disciplina dell'esclusione (art. 96)	Disciplina comune applicabile a tutti gli eventi che conducono all'esclusione dell'o.e. Misure di self-cleaning
4) Cause di esclusione di partecipanti ai raggruppamenti (art. 97)	Estromissione/sostituzione dei membri del RTI
5) Illecito professionale grave (art. 98)	Ambito soggettivo, fattispecie rilevanti, mezzi di prova

I requisiti di ordine generale

Cause di esclusione automatica (art. 94), alcune novità

- Comma 1: sostanziale riproduzione dell'art. 80, comma 1 ma assenza di rilievo alle sentenze di patteggiamento. Il comma 1 fa riferimento alla «*condanna con sentenza definitiva*» o «*decreto penale di condanna divenuto irrevocabile*»;
- Comma 2: sostanziale riproduzione dell'art. 80, comma 2, con l'introduzione di un'eccezione nel caso in cui la società sia stata ammessa al controllo giudiziario ai sensi dell'art. 34 bis del codice anti-mafia;
- Comma 3 e comma 4: **individuano le figure soggettive cui riferire la causa di esclusione**

Nuovo ambito soggettivo

- Sono stati espunti i soggetti cessati;
- È stato espunto il riferimento al socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a 4;
- È stata introdotta la figura dell'amministratore di fatto;
- Socio unico. Socio persona giuridica, l'esclusione va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono state disposte nei confronti degli amministratori del socio.

I requisiti di ordine generale

Cause di esclusione automatica (art. 94), alcune novità

- Comma 5: accorpa una serie di cause di esclusione già previste, in aggiunta ad una causa di esclusione riferita esclusivamente agli appalti PNRR (comma 5, lett. c); è stata espunta la causa di esclusione correlata alla presentazione di documentazione o dichiarazioni non veritiere;
- Comma 6: riprodotta la prima parte del comma 4 dell'art. 80 «*violazione gravi, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali*» (rinvio all'allegato II.10)

I requisiti di ordine generale

Cause di esclusione non automatica (art. 95), alcune novità

- Margine di apprezzamento da parte della stazione appaltante. Si tratta di discrezionalità tecnica: accertato il presupposto della norma, l'esclusione deve essere disposta;
- Indica le cause di esclusione facoltative «diverse» dal grave illecito professionale; riproduce art. 80, comma 5, lett. a) d) e), m);
- Comma 1, lett. e): riferimento all'illecito professionale e rinvio al successivo art. 98 con la specificazione che all'art. 98 *«sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonchè i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi»*;
- Comma 2: riferimento alla *«violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali»* (rinvio all'allegato II.10);
- Comma 3: specifica casi in cui non è disposta l'esclusione per la fattispecie dell'illecito professionale grave di cui al comma 3, lett. h), dell'art. 98.

I requisiti di ordine generale

Disciplina dell'esclusione (art. 96)

- Comma 1: *«Salvo quanto previsto dai commi 2, 3, 4, 5 e 6, le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura d'appalto, qualora risulti che questi si trovi, a causa di **atti compiuti od omessi** prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95»;*
- Disciplina più ampia delle misure di self-cleaning: la possibilità di ricorrere a misure di self-cleaning opera in relazione a tutte le cause di esclusione ad eccezione di quella relativa al mancato pagamento delle imposte, tasse o contributi previdenziali;
- Le misure di self-cleaning vengono estese anche alla fase successiva alla presentazione dell'offerta ma, come regola generale, *«In nessun caso l'aggiudicazione può subire dilazioni in ragione dell'adozione delle misure di cui al comma»* (comma 5).

I requisiti di ordine generale

Disciplina dell'esclusione (art. 96), le misure di self-cleaning

- 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»;*
- 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 6: l'operatore «*può fornire prova del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, esso non è escluso dalla procedura d'appalto*».

I requisiti di ordine generale

Disciplina dell'esclusione (art. 96), le misure di self-cleaning

- Comma 6: «*A tal fine, l'operatore economico dimostra di aver **risarcito o di essersi impegnato a risarcire** qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di **aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative** e di aver adottato **provvedimenti concreti** di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale **idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti**. Le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito, nonché la tempestività della loro assunzione...»;*
- Il comma 6 ribadisce la necessità del contraddittorio tra stazione appaltante ed operatore economico «*se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, ne comunica le ragioni all'operatore economico*».

I requisiti di ordine generale

Disciplina dell'esclusione (art. 96), l'onere dichiarativo

- Commi 7, 8, 9, 10 e 11: rilevanza temporale delle cause di esclusione;
- Comma 12: l'operatore economico ha l'onere di comunicare immediatamente alla stazione appaltante la sussistenza dei provvedimenti individuati al comma 10 per la decorrenza del triennio di rilevanza delle cause di esclusione se detti provvedimenti non sono inseriti nel fascicolo virtuale. Se l'operatore viola questo onere, il triennio di rilevanza inizia a decorrere dalla data in cui la stazione appaltante ha acquisito taluno di detti provvedimenti;
- Comma 14: l'operatore economico ha l'obbligo di comunicare alla stazione appaltante la sussistenza dei fatti e dei provvedimenti che possono costituire causa di esclusione ai sensi degli articoli 94 e 95, ove non menzionati nel proprio fascicolo virtuale. L'omissione di tale comunicazione o la non veridicità della medesima, pur non costituendo di per sé causa di esclusione, può rilevare ai sensi del comma 4 dell'articolo 98;
- Comma 15: in caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'ANAC ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara.

I requisiti di ordine generale

Illecito professionale grave (art. 98)

- Comma 1: individua il nuovo perimetro dell'illecito professionale, *«l'illecito professionale grave rileva solo se compiuto dall'operatore economico offerente»* salvo alcune eccezioni:
 - contestata commissione da parte dell'operatore economico, o dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94, di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del citato articolo 94 (comma 3, lett. g);
 - contestata o accertata commissione, da parte dell'operatore economico oppure dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94, di taluno dei seguenti reati consumati:
 - 1) abusivo esercizio di una professione;
 - 2) bancarotta semplice, bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare o ricorso abusivo al credito, di cui agli articoli 216,217,218 e 220 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;
 - 3) i reati tributari ai sensi del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, i delitti societari di cui agli articoli 2621 e seguenti del codice civile o i delitti contro l'industria e il commercio di cui agli articoli da 513 a 517 del codice penale;
 - 4) i reati urbanistici;
 - 5) i reati previsti dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, (comma 3, lett. h).

I requisiti di ordine generale

L'illecito professionale grave (art. 98)

- Comma 2: *«L'esclusione di un operatore economico ai sensi dell'articolo 95, comma 1, lettera e) è disposta e comunicata dalla stazione appaltante quando ricorrono tutte le seguenti condizioni:
a) elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale;
b) idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore;
c) adeguati mezzi di prova di cui al comma 6».*

Il provvedimento di esclusione deve essere motivato in relazione a tutte e tre le condizioni di cui al comma 2.

- Comma 3: enuncia e circoscrive le fattispecie rilevanti che sono tassative;
- Comma 4: detta il criterio per la valutazione della gravità (*«La valutazione di gravità tiene conto del bene giuridico e dell'entità della lesione inferta dalla condotta integrante uno degli elementi di cui al comma 3 e del tempo trascorso dalla violazione, anche in relazione a modifiche intervenute nel frattempo nell'organizzazione dell'impresa»*). Ai fini della gravità rivela l'omissione della comunicazione della fattispecie rilevante o la non veridicità della medesima (art. 96 comma 14).
- Comma 6: per ogni fattispecie rilevante sono indicati i relativi mezzi di prova.

Nuovo Codice dei Contratti Pubblici

Gli affidamenti sotto soglia

Anna Mazzoncini, Legal Director

Gli affidamenti sotto soglia

Introduzione

- L'approvazione della riforma al Codice costituisce un importante obiettivo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).
- Il suo scopo principale è accelerare per far rispettare le rigorose tempistiche richieste per poter adempiere agli obiettivi del PNRR nel travagliato settore dei contratti pubblici.
- In tale ottica, la Legge n. 78/2022, contenente la delega al Governo per la riforma del Codice, ha imposto la **semplificazione** della disciplina applicabile agli affidamenti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, ora individuate all'art. 14.
- Il nuovo Codice, diversamente dal D.Lgs. n. 50/2016, reca una parte interamente dedicata ai contratti sotto soglia (Parte I del Libro II), che riproduce alcune disposizioni già contenute nel Decreto Semplificazioni (D.L. n. 76/2020) e nel Decreto Semplificazioni-bis (D.L. n. 77/2021), dettate per il periodo emergenziale o in relazione agli interventi finanziati con le risorse del PNRR e del PNC, ora estese indistintamente a tutti i contratti pubblici.
- E' comunque previsto che l'affidamento e l'esecuzione di tali contratti avvenga comunque nel rispetto dei principi generali di cui al Libro I, Parti I e II, nonché l'applicazione, per quanto non espressamente derogato dalle norme relative al sotto soglia, delle restanti disposizioni contenute nello stesso Codice.
- Resta ferma l'esclusione per i settori speciali.
- Per gli appalti rispetto ai quali venga accertata l'esistenza di un interesse transfrontaliero, trovano applicazione le procedure ordinarie.

Gli affidamenti sotto soglia

Principio di rotazione (art. 49)

- Il nuovo Codice declina in regole predefinite il principio di rotazione, che il D.Lgs. n. 50/2016 si limitava a sancire.
- Il principio di rotazione si sostanzia nel divieto di affidamento o aggiudicazione nei confronti del contraente uscente, se titolare di due affidamenti consecutivi rientranti nello stesso settore merceologico ovvero nella stessa categoria di opere o nello stesso settore di servizi.
- E' consentito alle stazioni appaltanti ripartire gli affidamenti in fasce di importi, al fine di limitare l'operatività del principio di rotazione in relazione a ciascuna fascia.
- Deroghe al principio di rotazione:
 - casi motivati legati alla struttura del mercato da cui emerge l'effettiva assenza di alternative;
 - accurata esecuzione del precedente contratto;
 - procedure negoziate senza limiti al numero di operatori in possesso dei requisiti richiesti da invitare;
 - Affidamenti diretti di importo inferiore a Euro 5.000.

Gli affidamenti sotto soglia

Procedure sotto soglia (art. 50)

Prestazioni	Procedura da seguire
Lavori di importo inferiore a Euro 150.000	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 eventualmente individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante (art. 50, comma 1, lettera a)
Servizi (compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione) e forniture di importo inferiore a Euro 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 eventualmente individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante (art. 50, comma 1, lettera b)
Lavori di importo pari o superiore a Euro 150.000 e inferiore a Euro 1 milione	Procedura negoziata senza bando previa consultazione di almeno 5 operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici (art. 50, comma 1, lettera c)
Lavori di importo pari o superiore a Euro 1 milione e fino alle soglie di cui all'art. 14 del Codice	Procedura negoziata senza bando previa consultazione di almeno 10 operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie (art. 50, comma 1, lettera d)
Servizi (compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione) e forniture di importo pari o superiore a Euro 140.000 e fino alle soglie di cui all'art. 14 del Codice	Procedura negoziata senza bando previa consultazione di almeno 5 operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici (art. 50, comma 1, lettera e)

Gli affidamenti sotto soglia

Regole applicabili alle procedure sotto soglia (art. 50)

- Elenchi e indagini di mercato: sono espressamente codificate all'Allegato II.1 al Codice le regole per la gestione degli elenchi e delle indagini di mercato volti all'individuazione dei soggetti da invitare alle procedure negoziate di cui alle lettere c), d) ed e) dell'art. 50, comma 1 (*art. 50, comma 2*).
- Invidi: è esclusa la possibilità di utilizzare il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale per la scelta dei soggetti da invitare alla procedura negoziata, fatta eccezione per le ipotesi, specificamente motivate, in cui non risulti possibile ricorrere ad altro metodo di selezione degli operatori (*art. 50, comma 2*).
- Metodo di aggiudicazione: è sancito il principio di libera scelta da parte delle stazioni appaltanti circa l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa o del prezzo più bassi, fatta eccezione per i contratti indicati all'art. 108, comma 2, del Codice, per i quali è obbligatoriamente previsto l'impiego del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (*art. 50, comma 4*).
- Pubblicità: sono state introdotte forme di pubblicità aggiuntive rispetto a quelle già imposte dalla disciplina ordinaria, dovendo infatti essere pubblicato a livello nazionale, con le modalità di cui all'art. 85, l'avviso sui risultati delle procedure di affidamento che, nei casi delle procedure negoziate di cui all'art. 50, lettere c), d) ed e), deve contenere anche l'indicazione dei soggetti invitati (*art. 50, comma 8*).
- Esecuzione anticipata: è prevista la facoltà per la stazione appaltante di procedere all'esecuzione anticipata del contratto, ma soltanto previa verifica dei requisiti in capo al soggetto affidatario/aggiudicatario (*art. 50, comma 6*).
- Verifica dell'esecuzione: in luogo del certificato di collaudo (per i lavori) o di verifica di conformità (per servizi e forniture), l'esecuzione può essere «verificata» mediante il certificato di regolare esecuzione – rilasciato, rispettivamente, dal direttore dei lavori ovvero dal RUP o dal direttore dell'esecuzione, se nominato – da emettersi entro 3 mesi dalla data di ultimazione delle prestazioni (*art. 50, comma 7*).

Gli affidamenti sotto soglia

Ulteriori misure di semplificazione

- Commissione giudicatrice: nel caso di procedure da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla commissione giudicatrice può partecipare il RUP, anche in qualità di presidente (*art. 51*).
- Controllo sul possesso dei requisiti: negli affidamenti diretti di importo inferiore a Euro 40.000, il possesso dei requisiti di partecipazione e qualificazione richiesti è attestato dagli operatori mediante dichiarazione sostitutiva oggetto di controllo a campione da parte della stazione appaltante. La mancata conferma del possesso dei requisiti dichiarati comporta la risoluzione del contratto, l'escussione dell'eventuale garanzia definitiva, la comunicazione all'ANAC e la sospensione dell'operatore dalle procedure di affidamento indette dalla stessa stazione appaltante per un periodo compreso tra 1 e 12 mesi decorrenti dall'adozione del provvedimento (*art. 52*).
- Garanzie:
 - non è richiesta la garanzia provvisoria, salvo che, limitatamente alle procedure negoziate di cui alle lettere c), d) ed e), dell'art. 50, non ricorrano particolari esigenze, connesse alla tipologica e specificità della singola procedura e debitamente rappresentate, tali da giustificare la richiesta di detta cauzione che, comunque, non può superare l'1% dell'importo previsto nell'avviso o nell'invito per il contratto oggetto di affidamento (*art. 53, commi 1 e 2*)
 - è previsto il rilascio della garanzia definitiva – pari al 5% dell'importo contrattuale – fatta salva la facoltà delle stazioni appaltanti di non richiedere tale garanzia in casi debitamente motivati o per i contratti a valere su un accordo quadro (*art. 53, comma 4*).
- Esclusione automatica offerte anomale: è prevista l'esclusione automatica delle offerte anomale al ricorrere delle seguenti condizioni: (i) aggiudicazione al prezzo più basso; (ii) non si tratta di affidamento diretto; (iii) il contratto non presenta carattere transfrontaliero certo; (iv) le offerte ammesse sono in numero pari o superiore a 5; (v) gli atti di gara prevedono espressamente l'esclusione automatica delle offerte anomale, indicando il metodo per l'individuazione di tali offerte tra quelli di cui all'Allegato II.2 al Codice ovvero selezionandolo tramite sorteggio in sede di valutazione delle offerte (*art. 54*).
- Termini per la stipula del contratto: la stipula del contratto avviene entro 30 giorni dall'aggiudicazione. Non trova applicazione il c.d. termine di *stand still* (35 giorni dalla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione), né il termine dilatorio di cui all'art. 18, comma 4, del Codice, previsto per l'ipotesi in cui avverso l'aggiudicazione sia proposto ricorso con annessa domanda cautelare (*art. 55*).

Nuovo Codice dei Contratti Pubblici

Subappalto a cascata, Avvalimento premiale, Sostituzione additiva per gli RTI, Soglia di Anomalia

Riccardo Scioscia, Lawyer

Razionalizzazione e Semplificazione: Parole Chiave

Alcune delle novità specchio della riforma della normativa dei contratti pubblici

Introduzione

- Il Nuovo Codice (il D.lgs. 36/2023), in vigore dal 1 aprile 2023, ha il compito di razionalizzare e semplificare la normativa sui contratti pubblici.
- La Legge n. 78/2022, contenente la delega al Governo per la riforma del Codice, ha guidato i criteri con cui il Consiglio di Stato su incarico del Governo ha redatto lo Schema ripreso pressoché nella totalità dalla versione approvata nella Gazzetta Ufficiale.
- La Legge Delega, prima ancora di enunciare i singoli criteri direttivi, forniva importanti indicazioni di stesura richiedendo che la nuova normativa si focalizzasse: «al fine di adeguarla al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate.»
- Il presente contributo vuole analizzare alcune delle novità che più rappresentano lo spirito della semplificazione della Legge Delega evidenziando cosa e come cambierà il quadro e cercando di fornire una prima valutazione critica sulle possibili evoluzioni pratiche.
- Si prenderanno in considerazione: **l'introduzione del subappalto a cascata e dell'avvalimento premiale, la liberalizzazione della sostituzione additiva per gli RTI e l'eliminazione della soglia di anomalia predeterminata**

Subappalto a cascata

Subappalto (art. 119)

- La novità normativa: **Le stazioni appaltanti indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto che, pur subappaltabili, non possono formare oggetto di ulteriore subappalto**, in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto e dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori oppure di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali. Si prescinde da tale ultima valutazione quando i subappaltatori ulteriori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229. (comma 17 dell'art. 119).
- Evoluzione storica: il contrasto alle infiltrazioni della criminalità organizzata e la procedura d'infrazione 2273/2018.
- Prime criticità: (i) proliferare dei controlli ed infiltrazioni criminale; (ii) rischio subappalto non autorizzato e reato della L. 646/1982; (iii) criteri limitativi dell'istituto troppo discrezionali; (iv) impoverimento della qualità delle prestazioni.

Avvalimento Premiale

Avvalimento (art. 104)

- La novità normativa: ***L'avvalimento è il contratto con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto. Il contratto di avvalimento è concluso in forma scritta a pena di nullità con indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico. Il contratto di avvalimento è normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria, e può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti.*** (comma 1 dell'art. 104)
- Evoluzione storica: la giurisprudenza prevalente nella vecchia sistematica (CdS 2526/2021) e l'inversione logica del Nuovo Codice.
- Il presidio a favore della par condicio: ***Nei soli casi in cui l'avvalimento sia finalizzato a migliorare l'offerta, non è consentito che partecipino alla medesima gara l'impresa ausiliaria e quella che si avvale delle risorse da essa messe a disposizione.*** (comma 12 dell'art. 104)

Sostituzione Additiva per gli RTI

Cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti (art. 97)

- La novità normativa: **1.** Fermo restando quanto previsto dall'articolo 96, commi 2, 3, 4, 5 e 6, il raggruppamento non è escluso qualora un suo partecipante sia interessato da una causa automatica o non automatica di esclusione o dal venir meno di un requisito di qualificazione, se si sono verificate le condizioni di cui al comma 2 e ha adempiuto 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 ai sensi del comma 2 o l'impossibilità di adottarle prima di quella data;
 - b) ha adottato e comunicato le misure di cui al comma 2 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.
- **2.** Fermo restando l'articolo 96, se un partecipante al raggruppamento si trova in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95 o non è in possesso di uno dei requisiti di cui all'articolo 100, il raggruppamento può comprovare di averlo **estromesso o sostituito 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**.
- **3.** I commi 1 e 2 si applicano anche ai consorzi ordinari. Si applicano altresì ai consorzi fra imprese artigiane, nonché ai consorzi stabili limitatamente alle consorziate esecutrici e alle consorziate aventi i requisiti di cui i consorzi si avvalgono. (art. 97)

Sostituzione Additiva per gli RTI

Cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti (art. 97)

- Evoluzione Storica: il superamento del dogma dell'immodificabilità soggettiva dell'art. 48 comma 9, del Codice del 2016 e delle Adunanze Plenarie 10/2021 e 2/2022. L'interpretazione orientata alla ricostruzione dei principi eurounitari derivanti dall'art. 63 della Direttiva 24/2014/UE e l'interpretazione resa dalla CGUE nella causa C-210/20 (resa nel contesto dell'avvalimento).
- Prime criticità: eccessiva discrezionalità nei concetti di tempestività e sufficienza. Agli operatori è demandata ancora più attenzione: misure immediate ed incisive per evitare l'esclusione.

Soglia di Anomalia

Offerte anormalmente basse (art. 110)

- La novità normativa: *Le stazioni appaltanti valutano la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta, che in base a elementi specifici, inclusi i costi dichiarati ai sensi dell'articolo 108, comma 9, appaia anormalmente bassa. Il bando o l'avviso indicano gli elementi specifici ai fini della valutazione.* (comma 1 dell'art. 110)
- Evoluzione storica: l'analisi comparatistica nella Relazione al Nuovo Codice. La necessità di risolvere una violazione di *gold plating*.
- Prime criticità: nella prassi potrebbe verificarsi un sorta di immobilismo delle SA ad usare le stesse soglie del Codice del 2016, la novità rimarrebbe così lettera morta.

Nuovo Codice dei Contratti Pubblici

L'equilibrio contrattuale e la clausola di revisione dei prezzi

Roberta Moffa, Lawyer

La fase esecutiva del contratto

I rimedi nella fase patologica del contratto

- il Legislatore ha inciso notevolmente sulla disciplina della fase esecutiva del contratto d'appalto introducendo importanti rimedi finalizzati a salvare le sorti del contratto ove, in fase di esecuzione, si verificano situazioni tali da minare il sinallagma contrattuale e l'equilibrio economico.

nuovo principio di
conservazione dell'equilibrio
contrattuale (art. 9)

obbligatorietà della clausola
di revisione dei prezzi (art.
60).

L'equilibrio contrattuale e la rinegoziazione del contratto

Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9)

- Il “*principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*” trova generale applicazione a tutti i contratti d'appalto e PPP ed è finalizzato a guidare la parte pubblica e quella privata nelle fasi patologiche relative all'esecuzione, e cioè laddove sopravvengano:
 - i) circostanze straordinarie ed imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato;
 - ii) le predette circostanze devono essere tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto;
 - iii) la parte svantaggiata non deve aver assunto volontariamente in sede contrattuale il rischio del verificarsi delle suddette circostanze.



Diritto alla rinegoziazione secondo buona fede

L'equilibrio contrattuale e la rinegoziazione del contratto

Segue

Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9)

- La rinegoziazione si limita all'originario equilibrio contrattuale, le parti non possono alterare la sostanza economica del contratto (comma 2);
- diritto ad una diminuzione del corrispettivo contrattuale in caso di impossibilità parziale della prestazione (comma 3);
- le stazioni appaltanti (e gli enti concedenti) *“favoriscono l’inserimento nel contratto di clausole di rinegoziazione dandone pubblicità nel bando o nell’avviso”*, specie per i contratti con rischio di interferenze da sopravvenienze (ad esempio, quei contratti con una durata molto estesa);
- Discrezionalità stazione appaltante e limiti con la copertura finanziaria degli oneri per la rinegoziazione → (somme a disposizione indicate nel quadro economico dell'intervento, voci imprevisti e accantonamenti, e se necessario anche utilizzando le economie da ribasso d'asta).

L'equilibrio contrattuale e la rinegoziazione del contratto

La clausola del bando tipo Anac n. 1-2023 (documento in consultazione)

- **[Facoltativo,] Clausola di rinegoziazione:** *[ai sensi dell'art. 9 del Codice, la stazione appaltante può prevedere clausole di rinegoziazione, 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]*

La clausola di revisione prezzi

Revisione prezzi (art. 60)

- Obbligatorietà della clausola di revisione dei prezzi;
- La clausola:
 - si attiva al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva che determinano una variazione del costo dell'opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al **5 per cento dell'importo complessivo del contratto**.
 - Opera nella misura **dell'80% della variazione stessa**, in relazione alle prestazioni da eseguire.
 - Per rilevare l'aumento o la diminuzione dei costi si utilizzano gli indici sintetici elaborati da ISTAT:
 - Per i lavori, gli indici sintetici di costo di costruzione;
 - Per i servizi e forniture, rilevano gli indici dei prezzi al consumo, dei prezzi alla produzione dell'industria e dei servizi e gli indici delle retribuzioni contrattuali orarie.

Strumento giuridico che consente all'appaltatore di ridurre il rischio di subire aumento dei costi dei fattori produttivi necessari per l'espletamento del contratto. Rappresenta una deroga al principio dell'invariabilità del prezzo

Revisione prezzi

La clausola del bando tipo Anac n.1-2023 (documento in consultazione)

- **3.2. REVISIONE PREZZI**

- *Qualora nel corso di esecuzione del contratto si verifica una variazione, in aumento o in diminuzione, del costo del servizio [o in alternativa dei beni] superiore al cinque per cento, dell'importo complessivo, i prezzi sono aggiornati, nella misura dell'ottanta per cento della variazione, in relazione alla prestazione principale. Ai fini del calcolo della variazione dei prezzi si utilizza ... [indicare quale indice o quale combinazione di indici tra quelli indicati all'articolo 60, comma 3, lettera b del Codice].*

Revisione prezzi

Cosa cambia?

- Art. 106, comma 1, lett. a) del D.lgs 50/2016: «... I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti: a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore **monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili**, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi. Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate, facendo riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi standard, ove definiti. Esse non apportano modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro. Per i contratti relativi ai lavori, le variazioni di prezzo in aumento o in diminuzione possono essere valutate, sulla base dei prezzi di cui all'articolo 23, comma 7, solo **per l'eccedenza rispetto al dieci per cento rispetto al prezzo originario e comunque in misura pari alla metà**. Per i contratti relativi a servizi o forniture stipulati dai **soggetti aggregatori** restano ferme le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 511, della legge 28 dicembre 2015, n. 208».

Revisione prezzi

Qualche riflessione

- Il Legislatore non entra nel merito dell'operatività della clausola: si applicano i principi giurisprudenziali che negli anni si sono stratificati?
- Incertezze su tempistiche e sul procedimento dinanzi alla stazione appaltante;
- Unica disciplina per lavori, servizi e forniture. Per i contratti relativi a servizi e forniture stipulati dai soggetti aggregatori restano ferme le disposizioni di cui all'art. 1, comma 511, della L. 28.12.2015, n. 208. Mancata abrogazione della norma (cfr. anche art. 120);
- Cosa accade se il bando non reca la clausola di revisione dei prezzi?

Grazie