

Servizio Legislativo – Legale – Fiscale

[in collaborazione con ICN]

Circ. n. 9/2023

Prot. n. 1543/TDV

Roma, 13 aprile 2023

Oggetto: DECRETO LEGISLATIVO 31 MARZO 2023, n. 36 (Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici)

(c.d. CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI)

(GU N. 77 DEL 31 MARZO 2023)

Alle Confcooperative regionali e territoriali
Alle Federazioni nazionali
Ai Consorzi nazionali

E, p.c. Al Direttore Generale
Ai Capi Dipartimento
Ai Capi Servizio
Al Direttore di Fondosviluppo
Al Direttore di ICN
Al Direttore di NODE

LORO INDIRIZZI

È stato pubblicato in GU n. 77 del 31 marzo 2023 (S.O. n. 12) il decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 che riporta il "Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici".

CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
[D. Lgs. 36/2023]

La riforma del diritto dei contratti pubblici è stata approvata e pubblicata nel rispetto dei tempi previsti dal *Piano di ripresa e resilienza (PNRR)*, di cui costituisce una delle misure più significative.

Il codice costituisce l'attuazione della delega legislativa contenuta nella **legge 21 giugno 2022, n. 78**, nell'esame della quale *CONF COOPERATIVE* e *l'ALLEANZA DELLE COOPERATIVE*¹ sono più volte intervenute per incidere sui criteri direttivi².

Il primo schema di decreto legislativo è stato redatto dal Consiglio di Stato su mandato del precedente Governo l'estate scorsa. Quindi è stata indetta una pubblica consultazione alla quale l'Alleanza ha partecipato attraverso la piattaforma dedicata³. Insediatosi il nuovo Governo sono state istituite nuove commissioni e gruppi tecnici, prima e dopo l'esame da parte delle Commissioni parlamentari, alle quali abbiamo rassegnato più proposte di intervento, riassunte nel *dossier* depositato in Parlamento⁴. Qui appresso si fornisce un primo esame delle novità introdotte, anche con riferimento alle posizioni politiche e giuridiche espresse da Confcooperative e dall'Alleanza, rinviando per tutti gli approfondimenti alle comunicazioni e alle iniziative che verranno organizzate dalle federazioni e da ICN.

*

A. ENTRATA IN VIGORE

Il Codice è entrato in vigore, con i relativi allegati, il 1° aprile 2023, ma acquisirà efficacia – e quindi sarà concretamente applicabile – dal **1° luglio 2023** (ad eccezione di alcune parti, dedicate alla digitalizzazione e al sistema di qualificazione, che saranno operative a partire dal 2024).

Dal 1° luglio 2023 è prevista l'abrogazione del Codice precedente (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50). È, tuttavia, prevista una analitica e articolata fase transitoria (in cui sostanzialmente si prevede che le nuove regole si applicheranno alle procedure avviate dopo il 1° luglio 2023).

*

¹https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/421/589/ALLEANZA DELLE COOPERATIVE ITALIANE.pdf

² Come ad esempio per il principio di cui all'art. 1, lett. g, sull'"obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, negli avvisi e inviti, in relazione alle diverse tipologie di contratti pubblici, un regime obbligatorio di revisione dei prezzi al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva e non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta, compresa la variazione del costo derivante dal rinnovo dei contratti collettivi nazionali di lavoro sottoscritti dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale...".

³ https://www.mit.gov.it/nfsmitgov/files/media/documentazione/2022-12/Report_Codice_Appalti.pdf

⁴ https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg19/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/425/317/Memoria_Alleanza_delle_Cooperative_Italiane.pdf

B. PRINCIPI

I primi articoli sono dedicati ai *principi generali*, stabilendo che le disposizioni del codice si interpretano e si applicano anzitutto in base ai **principi del risultato** (art. 1)⁵, **della fiducia** (art. 2)⁶, **dell'accesso al mercato** (art. 3)⁷. Rilevano, fra gli altri, i **principi di buona fede e di tutela dell'affidamento** (art. 5), **di autonomia contrattuale e divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito** (art. 8), **di conservazione dell'equilibrio contrattuale** (art. 9), **di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione** (art. 10).

Segnaliamo, inoltre:

- il **principio di auto-organizzazione amministrativa** (art. 7) per il quale 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; le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono affidare direttamente a società *in house* lavori, servizi o forniture, adottando per ciascun affidamento un provvedimento motivato in cui danno conto dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione⁸.

⁵ 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 presente decreto, di seguito denominato «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".

⁶ 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".

⁷ Art. 3: <<Principio dell'accesso al mercato>> "1. 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".

⁸ Ciò 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.

Beninteso, l'affidamento *in house* di servizi di interesse economico generale di livello locale è disciplinato dal **decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201** (v. **ICN LEGALE, CIRCOLARE 24/03/2023, n. 2**)⁹;

- il **principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore** di cui all'**art. 11**, ove è stabilito che 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 concessione¹⁰. È beninteso fatto salvo il **diritto degli operatori economici di indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo da essi applicato**, purché – aggiunge la norma al comma 3 – **“garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente”**. L'espressione “stesse tutele” deve essere interpretata alla luce di quanto stabilisce il successivo comma 4, quindi in modo tale da consentire alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di acquisire (in alternativa ad una dichiarazione con la quale l'operatore economico si impegna ad applicare il contratto collettivo stabilito nel bando) una **dichiarazione di equivalenza delle tutele** (che sarà verificata con le modalità utilizzata per l'individuazione delle offerte anormalmente basse ai sensi dell'art. 110)¹¹;
- il principio relativo ai **rapporti con gli enti del Terzo settore** di cui all'**art. 6** che – recependo le sollecitazioni di **ALLEANZA DELLE COOPERATIVE** – stabilisce che, in attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, la

⁹ L'art. 17, comma 2, D.L.vo 201/2022, stabilisce che “(...) gli enti locali e gli altri enti competenti adottano la deliberazione di affidamento del servizio sulla base di una qualificata motivazione che dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini di un'efficiente gestione del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi, anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali gestioni pregresse in house”. Al comma 5 del medesimo articolo si prevede inoltre che “l'ente locale procede all'analisi periodica e all'eventuale razionalizzazione (...), dando conto (...) delle ragioni che, sul piano economico e della qualità dei servizi, giustificano il mantenimento dell'affidamento del servizio in house, anche in relazione ai risultati conseguiti nella gestione”.

¹⁰ Vale a dire 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.

¹¹ Le medesime tutele normative ed economiche dovranno essere altresì garantite ai lavoratori in subappalto. 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, il responsabile unico del progetto invita per iscritto il soggetto inadempiente, ed in ogni caso l'affidatario, a provvedervi entro i successivi quindici giorni. Ove non sia stata contestata formalmente e motivatamente la fondatezza della richiesta entro il termine, 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.

pubblica amministrazione possa adottare i *modelli di amministrazione condivisa del Codice del Terzo settore* fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti purché in relazione ad **attività a spiccata valenza sociale** (i), a **rapporti privi di rapporti sinallagmatici** (ii), sempre che gli stessi enti contribuiscano al *perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento* (iv), in modo *effettivo e trasparente* (v) e in base al *principio del risultato* (vi). È poi precisato che non rientrano nel campo di applicazione del Codice gli istituti di cui agli **artt. 55** (Coinvolgimento degli enti del terzo settore), **56** (Convenzioni) e **57** (Servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza) del *Codice del Terzo settore*.

Inoltre, sempre in linea generale, il Codice

- riordina e potenzia le competenze dell'ANAC, anche con riguardo alle funzioni di vigilanza e alle potestà sanzionatorie, pur sancendo il superamento dello strumento delle cd *linee guida* adottate dall'Autorità cui si era ispirato il precedente Codice. Nell'ambito dell'ampliamento delle competenze, all'ANAC viene attribuita la titolarità esclusiva della *Banca dati nazionale dei Contratti pubblici* (art. 23). Vengono poi istituiti presso l'Autorità l'*Anagrafe degli operatori economici* (art. 31), l'elenco delle stazioni appaltanti qualificate (art. 63) – tra cui rientrano le centrali di committenza, compresi i soggetti aggregatori – e un sistema di monitoraggio delle prestazioni, di cui l'ANAC cura la gestione, fondamentale ai fini della valutazione della reputazione d'impresa (art. 109);
- estende i metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto; nonché, quanto alla giurisdizione, prevede che il giudice amministrativo conosca anche delle azioni risarcitorie e di rivalsa proposte dalla stazione appaltante nei confronti dell'operatore economico che, con un comportamento illecito, ha concorso a determinare un esito della gara illegittimo;
- rilancia la digitalizzazione del sistema (obiettivo fortemente sostenuto dall'*ALLEANZA DELLE COOPERATIVE* e da *CONF COOPERATIVE LAVORO E SERVIZI* in particolare) non solo con riferimento alla documentazione e all'*accesso a gli atti*, ma anche con riguardo ai pilastri della *Banca dati nazionale dei contratti pubblici* (i), del *fascicolo virtuale dell'operatore economico* (ii); dell'istituzione ed utilizzo di piattaforme e procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici (iii).

*

C. MODIFICHE RILEVANTI

[SOGLIE] Quanto alle soglie europee che fissano il limite al di sotto del quale è consentita l'aggiudicazione senza una procedura pubblica di gara:

- per i **lavori**, è previsto:

- l'*affidamento diretto*, con rotazione degli incarichi, per i contratti fino a 150.000 euro;
- la *procedura negoziata* da 150.000 euro a 5.3 milioni di euro (con obbligo di consultare 5 operatori economici per i contratti fino a 1 milione di euro e 10 operatori economici per i contratti da 1 milione a 5.3 milioni di euro);
- per i contratti di **servizi e forniture**:
 - l'*affidamento diretto*, con obbligo di rotazione, è possibile fino a un importo pari a 140.000 euro;
 - la *procedura negoziata* con la consultazione di 5 operatori economici per importi da 140.000 fino a 215.000 euro;
- per i **servizi sociali**, la soglia al di sotto della quale non si applica il Codice appalti è di 750.000 euro (non si applica più la rotazione sotto soglia).

[PRINCIPIO DI ROTAZIONE] In relazione al principio di rotazione, in specie con riferimento alla deroga, i requisiti prima previsti dalle Linee guida ANAC n. 4 recanti "*Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici*", approvate con delibera n. 1097 del 26.10.2016 e successivamente aggiornate, in presenza dei quali era consentito derogare alla rotazione, sono stati recepiti all'interno del testo del Codice, all'art. 49, comma 4, con la precisazione che gli stessi devono essere presenti cumulativamente, e non in via alternativa tra loro. È stato poi previsto l'innalzamento della soglia a fronte della quale è possibile procedere all'affidamento all'aggiudicatario uscente, in deroga alla disciplina sull'obbligo di rotazione, da 1.000 euro (prima stabilita nelle suddette Linee guida) a 5.000 euro (ora indicata art. 49, comma 6).

[QUALIFICAZIONE STAZIONI APPALTANTI] Quanto alla qualificazione delle stazioni appaltanti, sono state allargate le ipotesi di qualificazione con riserva (sono state incluse anche le unioni di comuni, i comuni capoluogo di provincia e le regioni), comportando di fatto una proroga dell'avvio del sistema di qualificazione. Il tema della "*qualificazione*" è ritenuto da sempre dai rappresentanti degli operatori economici (tra cui da *CONF COOPERATIVE LAVORO E SERVIZI*), un tema fondamentale, anche alla luce degli obiettivi previsti dal PNRR. Vi è la necessità di stazioni appaltanti adeguatamente professionalizzate che sappiano stimare e provvedere ad acquisti di qualità, in tempi certi.

[ACCESSO AGLI ATTI E RISERVATEZZA] L'art. 35 prevede il differimento dell'accesso alle domande di partecipazione, ai dati ed informazioni relativi ai requisiti di partecipazione ed ai verbali relativi alla fase di ammissione dei concorrenti sino all'aggiudicazione. Per il resto, è confermato il differimento sino all'aggiudicazione dell'accesso alle offerte, ai verbali di valutazione delle offerte ed a quelli di verifica dell'anomalia dell'offerta. È altresì confermata la possibilità di escludere dall'accesso le informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali, fatta salva la prevalenza del c.d. accesso difensivo (art. 35, comma 5). Tale motivata opposizione all'accesso deve essere formalizzata al momento di presentazione dell'offerta in correlazione con la norme procedurali di nuovo conio. L'art. 36 introduce nuove norme procedurali (e processuali) *ad hoc* in materia di accesso alle offerte, che mirano a conciliare l'accesso alle offerte con il breve termine di 30 giorni previsto per l'impugnazione dell'aggiudicazione. In particolare:

- è previsto che i verbali di gara, l'offerta dell'aggiudicatario e gli atti presupposti all'aggiudicazione vengano resi disponibili a tutti i concorrenti non definitivamente esclusi attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale;
- è previsto che agli operatori economici classificatisi nei primi cinque posti in graduatoria siano resi reciprocamente disponibili, attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale, anche le offerte dagli stessi presentate;
- la Stazione appaltante, prima di comunicare l'aggiudicazione, assume le decisioni sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte o delle giustificazioni a tutela della riservatezza tecnica o commerciale;
- dette decisioni vengono comunicate unitamente all'aggiudicazione e avverso di esse è proponibile ricorso giurisdizionale entro **10 giorni** dalla notifica dell'aggiudicazione;
- entro il medesimo termine di 10 giorni è impugnabile anche la decisione che consenta l'ostensione delle parti di offerta di cui il concorrente aveva richiesto l'oscuramento;
- è previsto che, su segnalazione della Stazione appaltante, l'ANAC può irrogare una sanzione pecuniaria qualora vi siano reiterati rigetti delle istanze di oscuramento.

[REVISIONE PREZZI] Il tema della revisione dei prezzi, cui viene dedicato l'**art. 60**, ha assunto un'importanza centrale nell'esame dello schema di codice, anche in virtù dell'intervento di *CONF COOPERATIVE*, in sede di esame parlamentare della legge delega (tant'è che era previsto tra i criteri di delega il riferimento ai rinnovi dei CCNL) e dello schema di decreto legislativo.

Dopo i pareri delle Commissioni parlamentari che hanno sollecitato il Governo all'integrazione della disciplina, ad oggi viene previsto che:

"1. Nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento è obbligatorio l'inserimento delle clausole di revisione prezzi.

2. Queste clausole non apportano modifiche che alterino la natura generale del contratto o dell'accordo quadro; si attivano 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 e operano nella misura dell'80 per cento della variazione stessa, in relazione alle prestazioni da eseguire".

In accoglimento delle richieste di Alleanza e di altre organizzazioni, la clausola sulla revisione dei prezzi assurge quindi ad **obbligo** della stazione appaltante e si attiverà al verificarsi di *circostanze oggettive* comportanti una variazione del costo dell'opera o del servizio superiore al **5 per cento** dell'importo complessivo (il testo originario, fortemente criticato, prevedeva addirittura una percentuale del 20 per cento!). La revisione opererà, specifica la norma, *"nella misura dell'80 per cento della variazione stessa, in relazione alle prestazioni da eseguire"*.

La fattispecie di obbligatoria previsione e di attivazione automatica include **tutte le variazioni**, non solo quelle *imprevedibili* (quali le grandi emergenze sanitarie, naturali, politiche e/o economiche), ma anche eventi significativi ma in ipotesi prevedibili quali

gli incrementi significativi del costo del lavoro connessi con il rinnovo dei contratti collettivi (che finiscono per assumere rilevanza in via mediata mercé l'elaborazione di indici Istat su cui parametrare la variazione dei costi e dei prezzi e che dovranno considerare anche il costo del lavoro). Se così non fosse Vi sarebbe un'evidente violazione dei criteri direttivi della legge delega (e conseguente incostituzionalità del codice per eccesso di delega).

Nel dettaglio, il testo dell'articolo specifica:

"3. Ai fini della determinazione della variazione dei costi e dei prezzi (...), si utilizzano i seguenti indici sintetici elaborati dall'ISTAT: a) con riguardo ai contratti di lavori, gli indici sintetici di costo di costruzione; b) con riguardo ai contratti di servizi e forniture, gli indici dei prezzi al consumo, dei prezzi alla produzione dell'industria e dei servizi e gli indici delle retribuzioni contrattuali orarie.

4. Gli indici di costo e di prezzo di cui al comma 3 sono pubblicati, unitamente alla relativa metodologia di calcolo, sul portale istituzionale dell'ISTAT in conformità alle pertinenti disposizioni normative europee e nazionali in materia di comunicazione e diffusione dell'informazione statistica ufficiale. Con provvedimento adottato dal Ministero dell'infrastrutture e dei trasporti, sentito l'ISTAT, sono individuate eventuali ulteriori categorie di indici ovvero ulteriori specificazioni tipologiche o merceologiche delle categorie di indici individuate dal comma 3 nell'ambito degli indici già prodotti dall'ISTAT".

Al comma 5 sono poste le disposizioni per assicurare l'adeguata copertura finanziaria alle clausole obbligatorie di revisione dei prezzi: *"5. Per far fronte ai maggiori oneri derivanti dalla revisione prezzi di cui al presente articolo le stazioni appaltanti utilizzano: a) nel limite del 50 per cento, le risorse appositamente accantonate per imprevisti nel quadro economico di ogni intervento, fatte salve le somme relative agli impegni contrattuali già assunti, e le eventuali ulteriori somme a disposizione della medesima stazione appaltante e stanziare annualmente relativamente allo stesso intervento; b) le somme derivanti da ribassi d'asta, se non ne è prevista una diversa destinazione dalle norme vigenti; c) le somme disponibili relative ad altri interventi ultimati di competenza della medesima stazione appaltante e per i quali siano stati eseguiti i relativi collaudi o emessi i certificati di regolare esecuzione, nel rispetto delle procedure contabili della spesa e nei limiti della residua spesa autorizzata disponibile".* Ovviamente, tale disciplina è dichiaratamente posta in attuazione del **principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale** di cui all'**art. 9**¹², che ne costituisce anche punto di riferimento interpretativo dell'istituto.

¹² A detta del quale: <<**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."

[APPALTI RISERVATI] Quanto agli appalti riservati per l'inserimento lavorativo di persone svantaggiate e disabili (art. 61), accogliendo le richieste di ALLEANZA DELLE COOPERATIVE SOCIALI e CONF COOPERATIVE FEDERSOLIDARIETÀ, è stato reinserito il riferimento (non solo agli appalti riservati, ma anche) alle **concessioni riservate**.

Quanto all'individuazione delle categorie di persone svantaggiate – sempre in coerenza con le richieste di ALLEANZA DELLE COOPERATIVE SOCIALI e CONF COOPERATIVE FEDERSOLIDARIETÀ – è mantenuto il riferimento alle categorie di lavoratori svantaggiati delle cooperative sociali di tipo b) di cui all'art. 4 della legge 381/91.

[CONSORZI] La disciplina dei consorzi di cui all'art. 67 – nonostante alcune opportune modifiche dell'ultim'ora che hanno recepito le critiche dell'ALLEANZA DELLE COOPERATIVE (in particolare, CONF COOPERATIVE LAVORO e SERVIZI ha evidenziato sin da subito la complessità della questione in varie consultazioni e la necessità di tutelare le varie forme di aggregazione mutualistica e consortile), presenta qualche profilo di incertezza in più rispetto alla disciplina previgente:

- si stabilisce che i requisiti di capacità tecnica e finanziaria dei consorzi cooperativi, dei consorzi tra imprese artigiane e dei consorzi stabili sono disciplinati dal regolamento sulla qualificazione degli operatori (di cui all'articolo 100, comma 4; nelle more vale la disciplina dell'allegato II.12);
- viene finalmente precisato – contrariamente allo schema originario – che solo per i consorzi stabili (e **non** per i consorzi cooperativi e artigiani), considerata la loro peculiare modalità di qualificazione, i requisiti generali sono posseduti sia dalle consorziate esecutrici sia dalle consorziate che prestano i requisiti (cd. cumulo alla rinfusa);
- in coerenza con quanto appena affermato, è stabilito che i consorzi di cooperative e i consorzi tra imprese artigiane possono partecipare alla procedura di gara, utilizzando requisiti propri e, nel novero di questi, facendo valere i mezzi nella disponibilità delle consorziate che li costituiscono. Nondimeno, rispetto alla formulazione previgente sono ingiustificatamente assenti “le attrezzature e l'organico” fra i requisiti dei consorziati utilizzabili dal consorzio;
- è poi finalmente chiarito che l'affidamento delle prestazioni da parte dei consorzi cooperativi e artigiani ai propri consorziati non costituisce subappalto;
- tuttavia, solo per i consorzi stabili (e **non** per i consorzi cooperativi e artigiani) è previsto l'obbligo di indicazione del consorzio esecutore. La disposizione è

stata criticata da CONF COOPERATIVE che ha proposto l'integrazione dell'obbligo anche con riferimento ai consorzi cooperativi ed artigiani.

Per la restante disciplina si rinvia al testo del codice e ai prossimi approfondimenti¹³.

[INFORMAZIONE AI CANDIDATI E AGLI OFFERENTI] Quanto alle informazioni ai candidati e agli offerenti, l'art. 90 prevede una disciplina più puntuale rispetto a quella di cui all'art. 76 D. Lgs. n. 50/2016, estendendo le comunicazioni anche ai non definitivamente esclusi, nonché a coloro che abbiano impugnato il bando o la lettera d'invito, se l'impugnazione non è ancora stata respinta in sede giurisdizionale in via definitiva, altresì introducendo ulteriori elementi di novità (tra cui la previsione di

¹³ Art. 67. <<Conorzi non necessari>> "1. I requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui agli articoli 65, comma 2, lettere b), c) e d), e 66, comma 1, lettera g), sono disciplinati dal regolamento di cui all'articolo 100, comma 4.

2. L'allegato II.12 disciplina, nelle more dell'adozione del regolamento di cui all'articolo 100, comma 4, la qualificazione degli operatori economici, fermo restando che per i consorzi di cui all'articolo 65, comma 2, lettera d):

a) per gli appalti di servizi e forniture, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate;

b) per gli appalti di lavori, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento sono posseduti e comprovati dagli stessi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate.

3. Per gli operatori di cui agli articoli 65, comma 2, lettera d) e 66, comma 1, lettera g), i requisiti generali di cui agli articoli 94 e 95 sono posseduti sia dalle consorziate esecutrici che dalle consorziate che prestano i requisiti. Le autorizzazioni e gli altri titoli abilitativi per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi del comma 3 dell'articolo 100 sono posseduti, in caso di lavori o di servizi, dal consorzio esecutore.

4. I consorzi stabili di cui agli articoli 65, comma 2, lettera d), e 66, comma 1, lettera g), eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante. L'affidamento delle prestazioni da parte dei soggetti di cui all'articolo 65, comma 2, lettere b) e c), ai propri consorziati non costituisce subappalto. I consorzi, di cui agli articoli 65, comma 2, lettera d) e 66, comma 1, lettera g), indicano in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre. La partecipazione alla gara in qualsiasi altra forma da parte del consorzio designato dal consorzio offerente determina l'esclusione del medesimo se sono integrati i presupposti di cui all'articolo 95, comma 1, lettera d), 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, fatta salva la facoltà di cui all'articolo 97.

5. I consorzi di cooperative e i consorzi tra imprese artigiane possono partecipare alla procedura di gara, fermo restando il disposto degli articoli 94 e 95, utilizzando requisiti propri e, nel novero di questi, facendo valere i mezzi nella disponibilità delle consorziate che li costituiscono.

6. Per i lavori, ai fini della qualificazione di cui all'articolo 100, nell'allegato II.12 sono stabiliti i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio stabile o ai singoli consorziati che le eseguono. In caso di scioglimento del consorzio stabile per servizi e forniture ai consorziati sono attribuiti pro quota i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio e non assegnati in esecuzione ai consorziati. Le quote di assegnazione sono proporzionali all'apporto reso dai singoli consorziati nell'esecuzione delle prestazioni nel quinquennio antecedente.

7. Possono essere oggetto di avvalimento solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio.

8. Con riguardo ai consorzi di cui all'articolo 65, comma 2, lettera d), ai fini del rilascio o del rinnovo dell'attestazione di qualificazione SOA, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono posseduti e comprovati dai consorzi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. La qualificazione è acquisita con riferimento a una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Per la qualificazione alla classifica di importo illimitato è in ogni caso necessario che almeno una tra le imprese consorziate già possieda tale qualificazione ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno una con qualificazione per classifica VII e almeno due con classifica V o superiore, ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno tre con qualificazione per classifica VI. Per la qualificazione per prestazioni di progettazione e costruzione, nonché per la fruizione dei meccanismi premiali di cui all'articolo 106, comma 8, è in ogni caso sufficiente che i corrispondenti requisiti siano posseduti da almeno una delle imprese consorziate. Qualora la somma delle classifiche delle imprese consorziate non coincida con una delle classifiche di cui all'allegato II.12, la qualificazione è acquisita nella classifica immediatamente inferiore o in quella immediatamente superiore alla somma delle classifiche possedute dalle imprese consorziate, a seconda che tale somma si collochi rispettivamente al di sotto, ovvero al di sopra o alla pari della metà dell'intervallo tra le due classifiche. Gli atti adottati dall'ANAC restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 2".

un termine di 5 giorni entro il quale si deve procedere alle comunicazioni e l'eliminazione della necessità della richiesta scritta per le comunicazioni inerenti le esclusioni).

[CAUSE DI ESCLUSIONE E ILLECITO PROFESSIONALE] Tra le proposte dell'Alleanza, almeno parzialmente accolte (sostenute con forza da CONF COOPERATIVE LAVORO E SERVIZI), sono da segnalare anzitutto le modifiche sulle *cause di esclusione* e sull'*illecito professionale*, con l'eliminazione della sentenza di patteggiamento come mezzo di prova della causa di esclusione automatica; la limitazione dell'illecito professionale grave alle sole ipotesi indicate dalla norma (art. 95 ed allegato II.10), riducendo l'ambito di valutazione della stazione appaltante.

Permangono – nonostante le perplessità avanzate sulla loro carente determinatezza e tassatività – sia la causa di esclusione relativa alla grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori comprovata da provvedimenti giurisdizionali “anche non definitivi”; sia le cause di esclusione collegate all'integrazione di determinate fattispecie penali (lett. g e h dell'art. 98), rimaste ancorate alla “contestazione” e non all’“accertamento” e comprovabili da provvedimenti giurisdizionali penali anche “non definitivi”¹⁴.

¹⁴ Art. 98: <<**Illecito professionale grave**>>. “1. L'illecito professionale grave rileva solo se compiuto dall'operatore economico offerente, salvo quanto previsto dal comma 3, lettere g) ed h).

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.

3. L'illecito professionale si può desumere al verificarsi di almeno uno dei seguenti elementi:

- a) sanzione esecutiva irrogata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore, rilevante in relazione all'oggetto specifico dell'appalto;
- b) condotta dell'operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio oppure che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione;
- c) condotta dell'operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, derivanti da inadempimenti particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale;
- d) condotta dell'operatore economico che abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori;
- e) condotta dell'operatore economico che abbia violato il divieto di intestazione fiduciaria di cui all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55, laddove la violazione non sia stata rimossa;
- f) omessa denuncia all'autorità giudiziaria da parte dell'operatore economico persona offesa dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 416-bis.1 del medesimo codice salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. Tale circostanza deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato per i reati di cui al primo periodo nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'ANAC, la quale ne cura la pubblicazione;
- g) contestata commissione da parte dell'operatore economico, ovvero dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94 di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo articolo 94;
- h) 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:

L'istituto dell'esclusione attua uno dei principi generali del codice che è quello di *tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione* di cui all'**art. 10**, secondo il quale *"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"*; e *"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"*.

[QUALIFICAZIONE SOA NEI SERVIZI] È stato altresì esteso – con una delega ad un regolamento per i necessari aggiustamenti – il sistema di attestazione SOA al settore dei servizi¹⁵ (profilo sul quale abbiamo espresso forti preoccupazioni).

- 1) abusivo esercizio di una professione, ai sensi dell'articolo 348 del codice penale;
- 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 di cui all'articolo 44, comma 1, lettere b) e c), del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria;
- 5) i reati previsti dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.
4. 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.
5. Le dichiarazioni omesse o non veritiere rese nella stessa gara e diverse da quelle di cui alla lettera b) del comma 3 possono essere utilizzate a supporto della valutazione di gravità riferita agli elementi di cui al comma 3.
6. Costituiscono mezzi di prova adeguati, in relazione al comma 3:
 - a) quanto alla lettera a), i provvedimenti sanzionatori esecutivi resi dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore;
 - b) quanto alla lettera b), la presenza di indizi gravi, precisi e concordanti che rendano evidente il ricorrere della situazione escludente;
 - c) quanto alla lettera c), l'intervenuta risoluzione per inadempimento o la condanna al risarcimento del danno o ad altre conseguenze comparabili;
 - d) quanto alla lettera d), la emissione di provvedimenti giurisdizionali anche non definitivi;
 - e) quanto alla lettera e), l'accertamento definitivo della violazione;
 - f) quanto alla lettera f), gli elementi ivi indicati;
 - g) quanto alla lettera g), gli atti di cui all'articolo 407-bis, comma 1, del codice di procedura penale, il decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'articolo 429 del codice di procedura penale, o eventuali provvedimenti cautelari reali o personali emessi dal giudice penale, la sentenza di condanna non definitiva, il decreto penale di condanna non irrevocabile, la sentenza non irrevocabile di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale;
 - h) quanto alla lettera h), la sentenza di condanna definitiva, il decreto penale di condanna irrevocabile, la condanna non definitiva, i provvedimenti cautelari reali o personali, ove emessi dal giudice penale;
7. La stazione appaltante valuta i provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali di cui al comma 6 motivando sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente; l'eventuale impugnazione dei medesimi è considerata nell'ambito della valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente.
8. Il provvedimento di esclusione deve essere motivato in relazione a tutte e tre le condizioni di cui al comma 2".
- ¹⁵ Art. 100, cc. 10 e 11: "10. Con il regolamento di cui al sesto periodo del comma 4 è altresì definita la disciplina della qualificazione degli operatori economici per gli appalti di servizi e forniture. Il regolamento contiene, tra l'altro: la definizione delle tipologie per le quali è possibile una classificazione per valore, la competenza a rilasciare la relativa attestazione, la procedura e le condizioni per la relativa richiesta, il regime sanzionatorio.
11. Fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al sesto periodo del comma 4, per le procedure di aggiudicazione di appalti di servizi e forniture, le stazioni appaltanti possono richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità economica e finanziaria un fatturato globale non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto, maturato nel triennio precedente a quello di indizione della procedura. In caso di procedure di aggiudicazione suddivise in pluralità di lotti, salvo diversa motivata scelta della stazione appaltante, il fatturato è richiesto per ciascun lotto. Le stazioni appaltanti possono, altresì, richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità tecnica e professionale di aver eseguito nel precedente triennio dalla data di indizione della procedura di gara contratti analoghi a quello in affidamento anche a favore di soggetti private".

[CRITERI DI AGGIUDICAZIONE DEGLI APPALTI] È stata, infine, accolta la richiesta di modifica avanzata nei pareri delle Commissioni parlamentari, su richiesta specifica di CONF COOPERATIVE e dell'ALLEANZA DELLE COOPERATIVE con riguardo al limite massimo del **30 per cento** per il punteggio economico nei contratti ad alta intensità di lavoro (**art. 108, c. 4, ult. periodo**). È poi precisato che *“la stazione appaltante, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici”*¹⁶.

[SUBAPPALTO] Quanto al subappalto “a cascata” – introdotto per esigenze di adeguamento alla normativa europea, da tempo richiesto dall'UE – desta perplessità l'assenza di quantitativi massimi subappaltabili e, soprattutto, la possibilità di ricorrere a ulteriori subappalti (con una formulazione che apre ad una liberalizzazione eccessiva dell'istituto; in proposito l'Alleanza proponeva di mantenere un divieto di subappalto a cascata, salvo l'espressa previsione della stazione appaltante motivata con riferimento alla tutela della concorrenza, del lavoro, della legalità e della qualità della prestazione). Infine, continua a generare confusione l'istituto del pagamento diretto dell'importo dovuto per le prestazioni eseguite non solo ai subappaltatori in senso stretto, ma anche ai *subcontraenti*¹⁷.

¹⁶ Art. 108, c. 4: *“4. I documenti di gara stabiliscono i criteri di aggiudicazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto. In particolare, l'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto. La stazione appaltante, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici. Nelle attività di approvvigionamento di beni e servizi informatici, le stazioni appaltanti, 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 al quarto periodo, quando i beni e servizi informatici oggetto di appalto sono impiegati in un contesto connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici, la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 10 per cento. Per i contratti ad alta intensità di manodopera, la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento”*.

¹⁷ Art. 119: *«<Subappalto>> “1. I soggetti affidatari dei contratti eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi e le forniture compresi nel contratto. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 120, comma 1, lettera d), la cessione del contratto è nulla. È altresì 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 e dei contratti ad alta intensità di manodopera. È ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo.*

2. Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, con organizzazione di mezzi e rischi a carico del subappaltatore. Costituisce, comunque, subappalto di lavori qualsiasi contratto stipulato dall'appaltatore con terzi avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo

superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare. Nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3, previa adeguata motivazione nella decisione di contrarre, le stazioni appaltanti, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui all'articolo 104, comma 11, in ragione dell'esigenza di rafforzare, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, 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 ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali. Si prescinde da tale ultima valutazione quando i subappaltatori 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, oppure 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. L'affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati. Sono, altresì, comunicate alla stazione appaltante eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del sub-contratto. È altresì fatto obbligo di acquisire autorizzazione integrativa qualora l'oggetto del subappalto subisca variazioni e l'importo dello stesso sia incrementato.

3. Non si configurano come attività affidate in subappalto, per la loro specificità, le seguenti categorie di forniture o servizi:

a) l'affidamento di attività secondarie, accessorie o sussidiarie a lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante;

b) la subfornitura a catalogo di prodotti informatici;

c) l'affidamento di servizi di importo inferiore a 20.000 euro annui a imprenditori agricoli nei comuni classificati totalmente montani di cui all'elenco dei comuni italiani predisposto dall'ISTAT, oppure ricompresi nella circolare del Ministero delle finanze n. 9 del 14 giugno 1993, pubblicata nel supplemento ordinario n. 53 alla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 141 del 18 giugno 1993, nonché nei comuni delle isole minori di cui all'allegato A annesso alla legge 28 dicembre 2001, n. 448;

d) le prestazioni secondarie, accessorie o sussidiarie rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono trasmessi alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto.

4. I soggetti affidatari dei contratti di cui al codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante a condizione che:

a) il subappaltatore sia qualificato per le lavorazioni o le prestazioni da eseguire;

b) non sussistano a suo carico le cause di esclusione di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del presente Libro;

c) all'atto dell'offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare.

5. L'affidatario trasmette il contratto di subappalto alla stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni. Contestualmente trasmette la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza delle cause di esclusione di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del presente Libro e il possesso dei requisiti di cui agli articoli 100 e 103. La stazione appaltante verifica la dichiarazione tramite la Banca dati nazionale di cui all'articolo 23. Il contratto di subappalto, corredato della documentazione tecnica, amministrativa e grafica direttamente derivata dagli atti del contratto affidato, indica puntualmente l'ambito operativo del subappalto sia in termini prestazionali che economici.

6. Il contraente principale e il subappaltatore sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante per le prestazioni oggetto del contratto di subappalto. L'aggiudicatario è responsabile in solido con il subappaltatore per gli obblighi retributivi e contributivi, ai sensi dell'articolo 29 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. Nelle ipotesi di cui al comma 11, lettere a) e c), l'appaltatore è liberato dalla responsabilità solidale di cui al secondo periodo del presente comma.

7. 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. L'affidatario e, per suo tramite, i subappaltatori, trasmettono alla stazione appaltante prima dell'inizio dei lavori la documentazione di avvenuta denuncia agli enti previdenziali, inclusa la Cassa edile, assicurativi e antinfortunistici, nonché copia del piano di cui al comma 15. 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.

8. Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, in caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale dipendente o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi, nonché in caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarità contributiva, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 11, comma 5.

9. Nel caso di formale contestazione delle richieste di cui al comma 8, il RUP o il responsabile della fase dell'esecuzione, ove nominato, inoltra le richieste e le contestazioni alla direzione provinciale del lavoro per i necessari accertamenti.

10. L'affidatario sostituisce, previa autorizzazione della stazione appaltante, i subappaltatori relativamente ai quali, all'esito di apposita verifica, sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del presente Libro.

11. La stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore ed ai titolari di sub-contratti non costituenti subappalto ai sensi del quinto periodo del comma 2 l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite nei seguenti casi:

- a) quando il subcontraente è una microimpresa o piccola impresa;
- b) in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore;
- c) su richiesta del subcontraente e se la natura del contratto lo consente.

12. Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale. Il subappaltatore è tenuto ad applicare i medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro del contraente principale, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto oppure riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale. L'affidatario corrisponde i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso; la stazione appaltante, sentito il direttore dei lavori, il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione oppure il direttore dell'esecuzione, provvede alla verifica dell'effettiva applicazione della presente disposizione. L'affidatario è solidalmente responsabile con il subappaltatore degli adempimenti, da parte di quest'ultimo, degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente.

13. Per i lavori, nei cartelli esposti all'esterno del cantiere devono essere indicati anche i nominativi di tutte le imprese subappaltatrici.

14. Per contrastare il fenomeno del lavoro sommerso irregolare il documento unico di regolarità contributiva è comprensivo della verifica della congruità della incidenza della mano d'opera relativa allo specifico contratto affidato. Tale congruità, per i lavori edili, è verificata dalla Cassa edile in base all'accordo assunto a livello nazionale tra le parti sociali firmatarie del contratto collettivo nazionale comparativamente più rappresentative per l'ambito del settore edile ed il Ministero del lavoro e delle politiche sociali; per i lavori non edili è verificata in comparazione con lo specifico contratto collettivo applicato.

15. I piani di sicurezza di cui al decreto legislativo del 9 aprile 2008, n. 81 sono messi a disposizione delle autorità competenti preposte alle verifiche ispettive di controllo dei cantieri. L'affidatario è tenuto a curare il coordinamento di tutti i subappaltatori operanti nel cantiere per rendere gli specifici piani redatti dai singoli subappaltatori compatibili tra loro e coerenti con il piano presentato dall'affidatario. Nell'ipotesi di raggruppamento temporaneo o di consorzio, l'obbligo incombe al mandatario. Il direttore tecnico di cantiere è responsabile del rispetto del piano da parte di tutte le imprese impegnate nell'esecuzione dei lavori.

16. L'affidatario che si avvale del subappalto o del cottimo deve allegare alla copia autentica del contratto la dichiarazione circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento a norma dell'articolo 2359 del codice civile con il titolare del subappalto o del cottimo. Analoga dichiarazione deve essere effettuata da ciascuno dei soggetti partecipanti nel caso di raggruppamento temporaneo, società o consorzio. La stazione appaltante rilascia l'autorizzazione di cui al comma 4 entro trenta giorni dalla relativa richiesta; tale termine può essere prorogato una sola volta, quando ricorrano giustificati motivi. Trascorso tale termine senza che si sia provveduto, l'autorizzazione si intende concessa. Per i subappalti o cottimi di importo inferiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo inferiore a 100.000 euro, i termini per il rilascio dell'autorizzazione da parte della stazione appaltante sono ridotti della metà.

17. 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.

18. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche ai raggruppamenti temporanei e alle società anche consortili, quando le imprese riunite o consorziate non intendono eseguire direttamente le prestazioni scorporabili; si applicano altresì agli affidamenti con procedura negoziata. Ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente articolo è consentita, in deroga all'articolo 68, comma 15, la costituzione dell'associazione in partecipazione quando l'associante non intende eseguire direttamente le prestazioni assunte in appalto.

19. È fatta salva la facoltà per le regioni a statuto speciale e per le province autonome di Trento e di Bolzano, sulla base dei rispettivi statuti e delle relative norme di attuazione e nel rispetto della normativa europea vigente e dei principi dell'ordinamento europeo, di disciplinare ulteriori casi di pagamento diretto dei subappaltatori.

20. Le stazioni appaltanti rilasciano i certificati necessari per la partecipazione e la qualificazione all'appaltatore, scomputando dall'intero valore dell'appalto il valore e la categoria di quanto eseguito attraverso il subappalto. I subappaltatori possono richiedere alle stazioni appaltanti i certificati relativi alle prestazioni oggetto di appalto eseguite.”.

[SERVIZI SOCIALI] Quanto alla disciplina dei servizi sociali di cui agli artt. 127 e 128, è confermato il cd **regime "alleggerito"**¹⁸; oltre che, come detto, la non applicazione del codice per gli affidamenti di servizi sociali sotto la soglia di **750.000 euro** (salva l'applicazione dei principi generali e quelli della legge 241/90 sul procedimento amministrativo). Non trova più applicazione, pertanto, la cd *regola della rotazione*.

[PARTENARIATO PER I BENI CULTURALI] È confermata con lievissime modifiche la disciplina relativa alle **forme speciali di partenariato per la valorizzazione dei beni culturali**, nonché la possibilità per lo Stato, le regioni e gli enti territoriali di attivare tali forme speciali anche con soggetti privati, dirette a consentire il recupero, il restauro, la manutenzione programmata, la gestione, l'apertura alla pubblica fruizione e la valorizzazione di beni culturali (**art. 134**).

¹⁸ Art. 127: <<**Norme applicabili ai servizi sociali e assimilati**>>. "1. Fermo quanto previsto dall'articolo 6 del codice, per l'affidamento dei servizi sociali e degli altri servizi assimilati di cui all'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, per valori pari o superiori alla soglia di cui all'articolo 14, comma 1 lettera d), le stazioni appaltanti procedono alternativamente: a) mediante bando o avviso di gara che comprende le informazioni di cui all'allegato II.6, Parte I, lettera E; b) mediante avviso di pre-informazione, pubblicato con cadenza continuativa per periodi non superiori a ventiquattro mesi, recante le informazioni di cui all'allegato II.6, Parte I, lettera F, con l'avvertenza che l'aggiudicazione avverrà senza ulteriore pubblicazione di un avviso di indizione di gara.
2. Le disposizioni del comma 1 non si applicano quando è utilizzata, in presenza dei presupposti previsti dall'articolo 76, una procedura negoziata senza pubblicazione di bando.
3. L'avvenuto affidamento del servizio è reso noto mediante la pubblicazione di avviso di aggiudicazione di cui all'allegato II.6, Parte I, lettera G. È possibile raggruppare gli avvisi su base trimestrale, nel qual caso essi sono inviati cumulativamente al più tardi trenta giorni dopo la fine di ogni trimestre.
4. I bandi e gli avvisi di gara per gli affidamenti nei settori speciali di cui all'articolo 173 contengono le informazioni di cui all'allegato II.6, Parte III, conformemente ai modelli di formulari stabiliti dalla Commissione europea mediante atti di esecuzione.
5. Gli avvisi di cui al presente articolo sono pubblicati conformemente all'articolo 164".

Art. 128: <<**Servizi alla persona**>> "1. Salvo quanto previsto dall'articolo 127, per l'affidamento dei servizi alla persona si applicano le disposizioni che seguono.
2. Ai fini della presente Parte, sono considerati servizi alla persona i seguenti servizi, come individuati dall'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014:
a) servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi;
b) servizi di prestazioni sociali;
c) altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi i servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative.
3. L'affidamento deve garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti.
4. In applicazione dell'articolo 37 le stazioni appaltanti approvano gli strumenti di programmazione nel rispetto della legislazione statale e regionale di settore.
5. Le finalità di cui agli articoli 62 e 63 sono perseguite anche tramite le forme di aggregazione previste dalla normativa di settore, con particolare riguardo ai distretti sociosanitari e a istituzioni analoghe.
6. Si applicano le procedure di aggiudicazione di cui agli articoli da 32 a 34, all'articolo 59 e agli articoli da 71 a 76.
7. Si applicano, altresì, le disposizioni di cui agli articoli 79, 80, 84, 85, 89, 94, 95, 98, 99, 100, 101 e 110, adottando il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.
8. Per l'affidamento e l'esecuzione di servizi alla persona di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 14, comma 1, lettera d), si applicano i principi e i criteri di cui al comma 3 del presente articolo".

[CONCESSIONI] In tema di concessioni è accolta la richiesta di *CONF COOPERATIVE CONSUMO* e *UTENZA* con riferimento all'obbligo posto (dall'**art. 186**) in capo ai titolari di concessioni "già in essere (...) di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea, e non affidate conformemente al diritto dell'Unione europea" di affidare "mediante procedura ad evidenza pubblica una quota tra il 50 per cento e il 60 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture stabilita convenzionalmente dal concedente e dal concessionario". Tale obbligo, infatti, non si applica ai settori disciplinati dal Libro III (Gas ed energia termica, Elettricità, Acqua, Servizi di trasporto, Settore dei porti e degli aeroporti, Settore dei servizi postali, Estrazione di gas e prospezione o estrazione di carbone o di altri combustibili solidi). Inoltre, l'ente concedente dovrà tener conto delle dimensioni economiche e dei caratteri dell'impresa, dell'epoca di assegnazione della concessione, della sua durata residua, del suo oggetto, del suo valore economico e dell'entità degli investimenti effettuati.

*

Il Codice in commento, con i relativi allegati, è disponibile al seguente link:
https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2023-03-31&atto.codiceRedazionale=23G00044&elenco30giorni=false

Il Servizio Legislativo resta a disposizione per ulteriori chiarimenti.
Cordiali saluti.

IL SEGRETARIO GENERALE
(Marco Venturelli)

