

**D.Lgs. 31.03.2023, 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**  
**(G.U. n. 77 del 31 marzo 2023 - S.O. n. 12)»**

**Le principali novità del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici**

## ***REQUISITI DI ORDINE GENERALE (artt. 94 - 98)***

- **Sostituzione dell'art. 80 del d.lgs n. 50/2016**
- **Distinzione in cause di esclusione automatiche e non automatiche (art. 94 e 95)**
- **Illecito professionale grave (art. 98)**
- **Estensione del Self cleaning (art. 96)**
- **Cause di esclusione per i raggruppamenti (art. 97)**



**Commissione Giudicatrice(art. 93):** - superamento dell'Albo dei Commissari tenuto dall'Anac

- possibilità del RUP di far parte della Commissione
- eliminazione dell'incompatibilità «endoprocedimentale», conferma di quella politica
- possibilità di riesaminare le offerte anche a seguito dell'annullamento di una prima aggiudicazione (salvo che l'annullamento non sia dipeso da vizi della commissione)
- disciplina del seggio di gara

## ***Cause di esclusione automatiche (art. 94)***

- Sostituzione art. 80, comma 1, 2, 3, 4, 5 (in parte)
- Eliminazione riferimento alla sentenza di patteggiamento
- Inoperatività della causa di esclusione discendente dall'emissione di una misura interdittiva antimafia in caso di ammissione al controllo giudiziario ex art. 34 bis del d.lgs 159/2011 (entro la data di aggiudicazione)
- Controlli: NO socio di maggioranza, cessato dalla carica
  - SI Amministratore di fatto
  - SI (e solo) Amministratore in caso di socio persona giuridica
- Redazione del rapporto sulla situazione del personale ai sensi dell'art. 46 del d.lgs n. 198/06 per le procedure in materia di PNRR

## ***Cause di esclusione non automatiche (art. 95)***

- Sostituzione art. 80, comma 5 (in parte)
- Discrezionalità tecnica e non volizione
- Contiene le cause facoltative diverse dalle ipotesi di illecito professionale grave indicate, in modo tassativo, nell'art. 98.
- Gravi violazioni fiscali o contributive non definitivamente accertate

*«La stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora **accerti**:*

*a) sussistere gravi infrazioni, debitamente accertate con qualunque mezzo adeguato, alle norme in materia di salute e di sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014;*

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

*c) sussistere una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto che non possa essere risolta con misure meno intrusive;*

*d) sussistere rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte degli operatori economici siano imputabili ad un unico centro decisionale a cagione di accordi intercorsi con altri operatori economici partecipanti alla stessa gara;*

**e)** *che l'offerente abbia commesso un illecito professionale, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. All'articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi»*

## ***Illecito Grave professionale (art. 98)***

- Solo se compiuto dall'operatore economico, salvo se si tratta di carichi pendenti per uno dei reati di cui alla lett. g) ed h)
- Tipizzazione degli eventi (comma 3)
- Obbligo di motivazione e valutazione di gravità (commi 4 -8)
- Eliminazione della possibilità di valutare il rinvio a giudizio e il c.d. "patteggiamento" per i reati di cui all'art. 98.
- Durata triennale dell'illecito professionale grave che decorre: (art. 96, comma 10)
  - a.dalla data di commissione del fatto
  - b.dalla data di emissione del provvedimento sanzionatorio cautelare penale se antecedente all'esercizio dell'azione penale
- Onere di comunicazione di tutti i procedimenti sanzionatori che non sono presenti nel fascicolo virtuale (art. 96, comma 14)

*Illecito Grave professionale*

**OBBLIGO DI MOTIVAZIONE**

**TRE CONDIZIONI CUMULATIVE:**

- 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.

## ***Illecito Grave professionale***

### **A) L'illecito professionale si può desumere al verificarsi di almeno uno dei seguenti elementi (comma 3):**

- 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 inadempienze 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;

## ***Illecito Grave professionale***

**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:**

- 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.



## ***Illecito Grave professionale***

### **b) Idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore**

Durata triennale dell'illecito professionale grave che decorre: (art. 96, comma 10)

a.dalla data di commissione del fatto

b.dalla data di emissione del provvedimento sanzionatorio

L'eventuale impugnazione di taluno dei provvedimenti suindicati non rileva ai fini della decorrenza del triennio.

## ***Illecito Grave professionale***

### **c) 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, e la condanna non definitiva, i provvedimenti cautelari reali o personali, ove emessi dal giudice penale.

## ***Illecito Grave professionale***

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.

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**.

## ***Illecito Grave professionale***

**TAR LAZIO, ROMA SEZ. II, 2.02.2024, n. 2070**

***Sulla valutazione del grave illecito professionale***

Rileva in tal senso come alcun radicale mutamento della situazione di fatto rispetto al provvedimento di escussione sia, nel caso di specie, in alcun modo predicabile in relazione alla definizione (peraltro parziale, come peraltro riconosciuto in ricorso) di alcuni procedimenti penali in senso favorevole per i soggetti aventi ad oggetto alcune delle condotte valutate da Consip ai fini dell'esclusione.

Sul punto, la giurisprudenza ha, infatti, già avuto modo di chiarire che *“non rileva ai fini della legittimità dei provvedimenti impugnati la sentenza di assoluzione pronunciata ..., trattandosi di provvedimento successivo all'esclusione dalla gara che non può perciò costituire valido parametro di riferimento per stabilire se il giudizio in ordine all'affidabilità compiuto da Consip in un momento antecedente sia erroneo e illogico”*, con la conseguenza che *“Le condotte penalmente rilevanti, oggetto di valutazione”* da parte della stazione appaltante *“devono dunque ritenersi tutt'ora idonee a giustificare il giudizio sulla lealtà e sull'affidabilità del concorrente in quanto rappresentano sicuramente “un errore grave” commesso nell'esercizio dell’“attività professionale”, accertato con mezzi di prova adeguati a fondare la valutazione dell'amministrazione aggiudicatrice”* (Consiglio di Stato, sez. V, 3.8.2022, n. 6822).

## ***Illecito Grave professionale***

***DELIBERA ANAC n. 397 del 6 settembre 2023***

***Sull'iscrizione nel registro degli indagati***

Tra gli adeguati mezzi di prova – elencati al comma 6 – non figura specificatamente l'iscrizione nel registro degli indagati di cui all'art. 335 c.p.p., con la conseguente ed inevitabile impossibilità che tale condizione possa incidere negativamente – in ambito amministrativo – in capo all'operatore economico.

In sintesi, quello che rileva in questa sede è che in tema di illecito professionale grave, secondo l'Autorità, l'iscrizione dell'operatore economico nel registro degli indagati (nel caso di specie del concorrente iscritto nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. per il reato di istigazione alla corruzione e concorso morale e materiale con altri funzionari e amministratori), e quindi la sola previsione di un provvedimento non definitivo del giudice penale, non rientra tra gli adeguati mezzi di prova tassativamente previsti per valutarne o meno la sussistenza, tenuto conto della disciplina prevista dal nuovo Codice dei contratti pubblici (d. lgs. 36/2023).

## ***Illecito Grave professionale***

**TAR LAZIO, ROMA SEZ. II, 2.02.2024, n. 2070**

***Sulla valutazione del grave illecito professionale***

Rileva in tal senso come alcun radicale mutamento della situazione di fatto rispetto al provvedimento di escussione sia, nel caso di specie, in alcun modo predicabile in relazione alla definizione (peraltro parziale, come peraltro riconosciuto in ricorso) di alcuni procedimenti penali in senso favorevole per i soggetti aventi ad oggetto alcune delle condotte valutate da Consip ai fini dell'esclusione.

Sul punto, la giurisprudenza ha, infatti, già avuto modo di chiarire che *“non rileva ai fini della legittimità dei provvedimenti impugnati la sentenza di assoluzione pronunciata ..., trattandosi di provvedimento successivo all'esclusione dalla gara che non può perciò costituire valido parametro di riferimento per stabilire se il giudizio in ordine all'affidabilità compiuto da Consip in un momento antecedente sia erroneo e illogico”*, con la conseguenza che *“Le condotte penalmente rilevanti, oggetto di valutazione”* da parte della stazione appaltante *“devono dunque ritenersi tutt'ora idonee a giustificare il giudizio sulla lealtà e sull'affidabilità del concorrente in quanto rappresentano sicuramente “un errore grave” commesso nell'esercizio dell’“attività professionale”, accertato con mezzi di prova adeguati a fondare la valutazione dell'amministrazione aggiudicatrice”* (Consiglio di Stato, sez. V, 3.8.2022, n. 6822).

## ***Self Cleaning (art. 96, comma 2-6)***

### **- Estensione del self Cleaning anche agli eventi verificatisi durante la procedura e dopo la presentazione dell'offerta:**

*«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 4.*

*«Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all'articolo 94, a eccezione del comma 6, e all'articolo 95, a eccezione del comma 2, 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. 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. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, ne comunica le ragioni all'operatore economico» comma 6.*

## ***Self Cleaning***

**TAR TOSCANA, SEZ. II – sentenza 14 maggio 2021 n. 713**

***Sull'illegittimità di un provvedimento di esclusione in assenza di valutazione delle misure di self cleaning.***

E' illegittimo il provvedimento di esclusione da una gara motivato con riferimento al fatto che l'Amministratore della società interessata è stato rinviato a giudizio ove la società stessa abbia fatto presente alla SA prima della esclusione di avere adottato misure di self cleaning (adozione di un codice etico, la nomina di un organismo di vigilanza e l'adozione di un modello organizzativo come prescritto dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231) le quali, però, non sono state prese in esame dalla SA. Infatti, la stazione appaltante avrebbe dovuto valutare le misure adottate al fine di prevenire successivi eventi in grado di incidere sulla sua affidabilità professionale ma a tanto non ha provveduto, se non in sede processuale con memoria depositata in giudizio. Le argomentazioni in essa contenute, tuttavia, non possono essere prese in considerazione, perché costituiscono inammissibile motivazione postuma del provvedimento amministrativo.



## *Self Cleaning*

**TAR VENETO, SEZ. III – sentenza 15 marzo 2022 n. 437**

### **Sull'inidoneità delle misure di self cleaning solo formali**

E' legittimo il diniego di iscrizione di una società all'Albo dei fornitori dei lavori, stabilmente detenuto da una società di gestione di servizi pubblici, che sia motivato con riferimento alla perdita dei requisiti ex art. 80 d.lg.s 50/2016, quale conseguenza di una specifica condanna subita dal Presidente e dall'amministratore delegato della società stessa ed alla inadeguatezza della misure di self cleaning successivamente adottate, ove: a) la compagine sociale dell'impresa richiedente l'iscrizione nell'Albo dei fornitori sia costituita, di fatto, da una sola persona fisica; b) il capitale sociale della società interessata sia, quindi, integralmente detenuto da altra società, il cui capitale sociale, già di proprietà del Presidente, sia stato da questi trasferito (dopo la sua condanna) ad un altro soggetto, c) quest'ultimo sia stato anche nominato amministratore unico di tutte le società ora citate. Ciò al chiaro scopo di mantenere il controllo delle società stesse nella sfera di influenza del precedente proprietario ed amministratore; trattasi di mere operazioni, sul piano del rinnovo della compagine sociale e della nomina del nuovo amministratore unico, qualificabili come di sola "facciata", in quanto tali inidonee a configurare un vero comportamento dissociativo rispetto ai soggetti le cui condotte comporterebbero una riprovazione, e quindi inidonee a garantire una futura affidabilità dell'impresa.

## ***Violazione clausola Protocollo legalità***

### **CONS. STATO, SEZ. V – sentenza 13 gennaio 2021 n. 425**

Una società di costruzioni ha partecipato ad una procedura di gara per l'affidamento di un appalto di lavori, risultando la prima classificata all'esito della valutazione delle offerte.

Tuttavia, in sede di verifica e controllo dei requisiti soggettivi e di capacità economico-finanziaria, la predetta società veniva esclusa, essendo emersa la sussistenza di ragioni ostative alla stipulazione contrattuale, ai sensi dell'art. 2 del protocollo di intesa tra la Prefettura - U.T.G. di Roma e Roma Capitale. Contestualmente, il contratto veniva quindi aggiudicato al concorrente secondo classificato.

L'accettazione del protocollo/patto di integrità da parte dei concorrenti comporta, quindi, l'ampliamento dei loro obblighi nei confronti della stazione appaltante da un duplice punto di vista:

- temporale: gli impegni assunti dalle imprese rilevano sin dalla fase precedente alla stipula del contratto di appalto;
  - contenutistico: si richiede all'impresa di impegnarsi, non solo alla corretta esecuzione del contratto di appalto, ma ad un comportamento leale, corretto e trasparente, sottraendosi a qualsiasi tentativo di corruzione o condizionamento dell'aggiudicazione del contratto
-

## ***Violazione clausola Protocollo legalità***

**CONS. STATO, SEZ. V – sentenza 13 gennaio 2021 n. 425 - TAR Sicilia Catania, Sez. II, 10.03.2022, n. 693**

Le previsioni contenute nei protocolli di legalità o di integrità, stipulati ai sensi dell'art. 1, comma 17, della legge 6 novembre 2012 n. 190, recante «*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*», laddove configurino specifiche cause di esclusione dalla procedura di gara, sono idonee (data la base giuridica fondata sulla norma di rango legislativo) ad integrare il catalogo tassativo delle cause di esclusione contemplate dal Codice dei contratti pubblici, specie laddove il disciplinare di gara richieda che i concorrenti presentino le dichiarazioni di accettazione di un “protocollo di integrità”, impegnandosi a rispettarne integralmente i contenuti.

Invero, nella procedura di gara in questione, il disciplinare richiedeva che i concorrenti presentassero le dichiarazioni di cui al modulo denominato “Altre dichiarazioni da rendere e documentazioni da allegare richieste dal bando e dal disciplinare di gara”, tra le quali era inserita l'espressa accettazione del protocollo di integrità di Roma Capitale, approvato con deliberazione della Giunta Capitolina n. 40 del 27 febbraio 2015, impegnandosi a rispettarne integralmente i contenuti.

---

# ***Violazione clausola Protocollo legalità***

**CONS. GIUST. AMM. SIC. 12.01.2022, n. 32**

## **Sull'obbligo di valutazione in caso di violazione del protocollo di legalità**

L'ipotesi escludente di cui alla violazione del patto di integrità non può che essere ascritta alle ipotesi di esclusione facoltativa laddove non vi sia una sentenza penale definitiva di condanna.

La relativa riserva di amministrazione è stabilita espressamente dal medesimo, nel senso che *“il sottoscrittore, sin d'ora, accetta che nel caso di mancato rispetto degli impegni anticorruzione assunti con la sottoscrizione del presente patto di integrità, comunque accertato dall'Amministrazione, potranno essere applicate le seguenti sanzioni”*, fra le quali l'esclusione dalla gara.

La prospettiva è quella, da un lato, di tutela della parte pubblica e, dall'altro lato, di attribuzione di prerogative di tutela del diritto di difesa da parte del partecipante alla gara, da assicurarsi nell'ambito del procedimento amministrativo finalizzato all'eventuale irrogazione della *“sanzione”*.

In particolare, l'applicazione di sanzioni è oggetto di un potere (*“potranno”*) dal contenuto mutevole, atteso che le conseguenze sfavorevoli che l'Amministrazione può decidere di applicare possono essere varie, essendo indicate in termini di esclusione dalla gara, escussione della cauzione provvisoria o definitiva, risoluzione del contratto, esclusione triennale dalla partecipazione a gare e risarcimento dei danni: l'ampia portata oggettiva degli obblighi discendenti dalla sottoscrizione del patto di integrità ha indotto ad attribuire un correlato potere valutativo all'Amministrazione, in modo che possano essere calibrate le conseguenze delle relative violazioni.

Ne deriva che il potere dell'Amministrazione comprende non solo l'accertamento dei presupposti di applicazione della sanzione ma anche la scelta in ordine alla stessa sanzione da irrogare, quanto, in particolare, alla tipologia di sanzione applicabile.

## ***Violazione clausola Protocollo legalità***

### **CONS. GIUST. AMM. SIC. 12.01.2022, n. 32**

Né depone in senso contrario quanto statuito da questo CGARS con sentenza 13 luglio 2021 n. 697, che riguarda un patto di integrità nel quale la previsione del potere di revoca dell'Amministrazione (quindi di un potere diverso da quello qui in esame) è ancorato unicamente alla violazione degli obblighi comportamentali imposti dal medesimo.

Nel caso di specie, invece, il potere di accertamento riconosciuto espressamente all'Amministrazione dal patto di integrità e il potere di scelta in ordine alla “sanzione” applicabile devono poter essere dalla medesima esercitati attraverso una valutazione in concreto, prima che intervenga il giudice amministrativo.

Nel caso in cui tale valutazione sia mancata, come nel caso di specie, il principio di separazione dei poteri, che in sede processuale trova emersione nel divieto sancito dall'art. 34 comma 2 c.p.a. (secondo cui il giudice non può pronunciare “*con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*”), impedisce al giudice di pronunciarsi se non attraverso l'istituto processuale di cui all'art. 31 comma 3 c.p.a. e l'art. 34 comma 1 lett. c) c.p.a., quando cioè, esercitata l'azione avverso il silenzio o l'azione di adempimento, si tratti di attività vincolata o comunque non residuino margini di esercizio della discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori.

Nel caso qui controverso non solo residuano margini di apprezzamento del fatto e di discrezionalità in ordine alle conseguenze sfavorevoli irrogabili, ma si ravvisano anche esigenze di completamento dell'istruttoria, considerata anche la necessità di approfondire i presupposti di fatto dell'esercizio del potere escludente. La causa di esclusione derivante dall'asserita violazione del patto di integrità avrebbe quindi dovuto essere scrutinata dall'Amministrazione.

## ***Violazione clausola Protocollo legalità***

### **CONS. GIUST. AMM. SIC. 12.01.2022, n. 32**

Del resto, l'ANAC ha evidenziato, nella delibera n. 1120 del 22 dicembre 2020, che nemmeno nell'ipotesi in cui sia normativamente previsto un obbligo per le stazioni appaltanti di prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto dei protocolli di legalità sia causa di esclusione dalla gara o di risoluzione del contratto (obbligo introdotto dall'art. 3 comma 7 del d.l. n. 76 del 2020 che ha aggiunto l'art. 83 bis al d. lgs. n. 159 del 2011, comunque non applicabile *ratione temporis* al caso di specie), l'esclusione opera in maniera automatica, dovendo comunque le stazioni appaltanti, nel rispetto del principio di proporzionalità, “*valutare l'idoneità della condotta a giustificare l'esclusione dalla gara*” e adottare la sanzione espulsiva “*in ottemperanza ai canoni del procedimento amministrativo che richiedono la garanzia del contraddittorio e l'obbligo di idonea motivazione delle scelte adottate*”.

## ***Requisiti di ordine speciale (art. 100)***

- Requisiti di idoneità professionale, capacità economica e finanziaria (fatturato globale non superiore al doppio del valore stimato) – tecnico e professionali (servizi analoghi)
- Proporzionati e attinenti all'oggetto dell'appalto
- (in caso di servizi e forniture) Iscrizione alla camera di commercio per un'attività pertinente anche se non coincidente con l'oggetto dell'appalto
- Qualificazione degli operatori per gli appalti di servizi e forniture

## ***Avvalimento (art. 104)***

- Contratto in forma scritta a pena di nullità e «normalmente» oneroso
- Determinazione dell'oggetto (avvalimento operativo – di garanzia)
- Indicazione delle dotazioni tecniche e delle risorse che avrebbero consentito di ottenere l'attestazione di qualificazione, negli appalti di lavori superiori ad € 150.000,00 e negli appalti di servizi e forniture
- Avvalimento premiale, purché l'ausiliaria non partecipi alla gara (generalmente è ammessa la partecipazione di entrambi)
- Se l'avvalimento fa riferimento al possesso di autorizzazioni e titoli abilitativi, la prestazione deve essere eseguita dall'ausiliaria (disciplina del subappalto).



## ***Avvalimento (art. 104)***

- **In caso di dichiarazioni mendaci dell'ausiliaria**, si assegna un termine per la sostituzione purché non comporti una modifica dell'offerta
- Responsabilità solidale ausiliaria e ausiliata
- Nei bandi di gara è possibile prevedere che taluni compiti siano direttamente svolti dall'offerente
- Doveri di controllo da parte del Rup di vigilare sul rispetto della corretta esecuzione del contratto di avvalimento

## ***Subappalto (art. 119)***

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

### **Limiti:**

- È nullo l'accordo con cui a terzi sia affidata l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni appaltate, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla categoria prevalente e dei contratti ad alta intensità di manodopera
- 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 (salvo white list)
- Indicazione negli atti di gara dei limiti al **subappalto «a cascata»**.

## ***Subappalto (art. 119)***

- il contratto di subappalto va inoltrato alla Stazione appaltante entro 20 giorni dall'inizio della prestazione e la relativa autorizzazione al subappalto è concessa entro 30 giorni (in mancanza si forma il silenzio-assenso).
- Responsabilità solidale tra appaltatore e subappaltatore
- Potere sostitutivo in caso di DURC irregolare
- Pagamento diretto subappaltatori
- Differenza subappalto – subcontratto
- Subappalto ordinario – necessario

## ***Cause esclusione Raggruppamenti (art. 97)***

- Introduzione del meccanismo della sostituzione (accanto al classico meccanismo dell'estromissione) del raggruppato con soggetto esterno in caso di sussistenza di causa di esclusione
- L'offerta non può essere modificata
- Si applica sia ai Raggruppamenti che ai Consorzi Ordinari e alle consorziate esecutrici (nel caso di Consorzio Stabile)

## ***Soccorso Istruttorio (art. 101)***

- Attivazione del soccorso istruttorio solo in mancanza della presenza del documento all'interno del FVOE
- Termine non inferiore a 5 giorni e non superiore a 10 giorni
- Natura integrativa e sanatoria (comma 1 lett. a e b): Eliminata la distinzione tra «*irregolarità essenziale e non essenziale*», resta «l'assoluta incertezza sull'identità dell'operatore che ha presentato l'offerta»
- Possibilità per l'OE di emendare un proprio errore materiale (es. incongruenza tra importi unitari e importo complessivo) anche dopo la presentazione dell'offerta e fino all'apertura della stessa
- Possibilità per SA di chiedere sempre chiarimenti sull'offerta a patto che non portino a modificare la stessa

-

## ***Criteria di aggiudicazione (art. 108)***

- Prevalenza dell'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa
  
- Casi in cui è previsto l'utilizzo esclusivo dell'OEV (art. 108, comma 2)
  - a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti dall'articolo 2, comma 1, lettera e), dell'allegato I.1;*
  - b) i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 140.000 euro;*
  - c) i contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a 140.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo;*
  - d) gli affidamenti in caso di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione;*
  - e) gli affidamenti di appalto integrato;*
  - f) i contratti relativi ai lavori caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o con carattere innovativo.*
  
- Casi in cui è possibile utilizzare il criterio del minor prezzo (art. 108, comma 3)  
*per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera*

## ***Criteria di aggiudicazione (art. 108)***

- Previsione del tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento solo per i contratti ad alta intensità di manodopera e del 10% in caso di contratti che tutelano interessi nazionali strategici
- L'elemento relativo al costo può assumere la forma di un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi
- Indicazione nell'offerta economica dei costi della manodopera e dei costi della sicurezza aziendale, pena l'esclusione, eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale
- Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto, previa indicazione negli atti di gara e conseguenziale esercizio di tale facoltà entro 30 giorni dalla valutazione delle offerte

## ***Garanzia Provvisoria sopra soglia (artt. 106 )***

- L'offerta è corredata da una garanzia provvisoria pari al 2 per cento del valore complessivo della procedura (non importo a base di gara), previa motivazione possibilità di riduzione dell'importo sino all'1% oppure incremento sino al 4 %.
- Se costituita sotto forma di fideiussione, tale garanzia deve obbligatoriamente essere emessa e (non solo) **firmata digitalmente**, nonché verificabile telematicamente presso l'emittente
- La garanzia provvisoria dell'aggiudicatario è **svincolata automaticamente al momento della stipula del contratto, mentre quella degli altri concorrenti è svincolata con il provvedimento di aggiudicazione** e perde in ogni caso efficacia alla scadenza del termine di 30 (trenta) giorni dall'aggiudicazione stessa
- **non** è previsto l'obbligo di corredare l'offerta con **l'impegno di un fideiussore** a rilasciare la garanzia definitiva
- La garanzia copre la mancata aggiudicazione dopo la proposta di aggiudicazione e la mancata sottoscrizione del contratto imputabili a ogni fatto riconducibile all'affidatario o conseguenti all'adozione di informazione antimafia interdittiva
- nell'atto con cui comunica l'aggiudicazione ai non aggiudicatari, provvede nei loro confronti allo **svincolo della garanzia**, ancorché la stessa garanzia perda comunque efficacia alla scadenza del termine di 30 giorni dall'aggiudicazione
- Negli **affidamenti sotto soglia** la cauzione provvisoria può richiedere solo previa motivazione e se richiesta pari all'1% dell'importo previsto nell'avviso o nella lettera dell'invito (art. 53)



## ***Garanzia Provvisoria sopra soglia (art. 106 )***

### ***Riduzioni (comma 7):***

- a. riduzione del 30% in caso di possesso della certificazione di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000;
- b. riduzione del 50% in caso di partecipazione di micro, piccole e medie imprese e di RTI o consorzi ordinari costituiti esclusivamente da micro, piccole e medie imprese. Tale riduzione non è cumulabile con quella indicata alla lett. a);
- c. riduzione del 10%, cumulabile con la riduzione di cui alla lett. a) e b), quando l'operatore economico presenti una fideiussione, emessa e firmata digitalmente, che sia gestita mediante ricorso a piattaforme operanti con tecnologie basate su registri distribuiti ai sensi dell'art. 106 c.3;
- d. riduzione fino al 20%, cumulabile con le riduzioni di cui lett. a) e b), quando l'operatore economico posseda uno o più delle certificazioni o marchi individuati, tra quelli previsti dall'Allegato II.13 del codice, nei documenti di gara iniziali che fissano anche l'importo della riduzione, entro il limite massimo predetto.

## ***Garanzia Definitiva sopra soglia (artt. 117 )***

- nelle procedure ad oggetto Accordi Quadro l'importo della garanzia definitiva **non può superare il 2% del valore dell'Accordo Quadro stesso** (comma 1)
- Forma della garanzia: Nativo digitale come provvisoria (rinvio all'art. 106)
- negli appalti di lavori l'aggiudicatario può richiedere – prima della stipulazione del contratto -di **sostituire la garanzia definitiva con l'applicazione di una ritenuta a valere sugli stati di avanzamento pari al 10 % degli stessi**; tuttavia per motivate ragioni la stazione appaltante può opporsi a tale richiesta (comma 4)
- In caso di raggruppamenti temporanei le garanzie fideiussorie e le garanzie assicurative sono presentate, su mandato irrevocabile, dalla mandataria in nome e per conto di tutti i concorrenti, ferma restando la responsabilità solidale tra le imprese
- **fattispecie di esonero dalla prestazione della garanzia ivi previste**, consentendo alla stazione appaltante di farvi ricorso non solo subordinatamente ad un miglioramento del prezzo di aggiudicazione ma anche delle condizioni di esecuzione (comma 14)

## ***Anticipazione prezzi (art. 125)***

- l'importo dell'anticipazione del prezzo è calcolato **sul valore del contratto di appalto è pari al 20 per cento** da corrispondere all'appaltatore entro **quindici giorni dall'effettivo inizio della prestazione** anche nel caso di consegna dei lavori o di avvio dell'esecuzione **in via d'urgenza**
- Per i contratti pluriennali l'importo dell'anticipazione deve essere calcolato sul valore delle prestazioni di ciascuna annualità contabile
- **incremento** dell'anticipazione del prezzo fino al 30 per cento
- **non si applicano ai contratti di forniture e servizi indicati nell'art. 33 dell'all. II.14** (forniture e servizi a esecuzione immediata, il cui prezzo è basato sul reale consumo, di natura intellettuale o che non necessitano della predisposizione di attrezzature o di materiali )
- L'erogazione dell'anticipazione è subordinata alla **costituzione di garanzia fideiussoria** bancaria o assicurativa di importo pari all'anticipazione **maggiorato del tasso di interesse legale** applicato al periodo necessario al recupero dell'anticipazione stessa

## ***Ulteriori previsioni da inserire nei documenti di gara***

- Quinto d'obbligo (art. 120)
- Proroga (agli stessi patti e condizioni o, se previsto nei documenti di gara, alle condizioni più favorevoli per la Stazione appaltante)
- Proroga tecnica (ipotesi eccezionale e per il solo tempo strettamente necessario a concludere la gara e sussistendo una condizione di pericolo)
- Misura della penale tra lo 0,3 ‰ e l'1 ‰ (massimo 10%).
- Premio di accelerazione da prevedere nel bando.
- Facoltà per la P.A. di prevedere il premio di accelerazione anche in caso di ultimazione dei lavori in anticipo rispetto al termine prorogato.

## ***Subentro nel contratto (art. 124)***

- In caso di interpello delle imprese che seguono in graduatoria, l'affidamento avviene alle medesime condizioni già previste dall'originario aggiudicatario.
- E' possibile prevedere negli atti di gara che il subentro avvenga alle medesime condizioni dell'interpellato

## ***Affidamento Servizi sociali (artt. 128 )***

### ***All. XIV Dir. Com 2014/24/UE***

- servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi (fornitura personale medico, infermeristico, servizi domestici ecc)
- Servizi amministrativi, sociali in materia di istruzione, assistenza sanitaria e cultura (servizi di istruzione e formazione, organizzazione mostre fiere, congressi, eventi culturali, festival, feste, sfilate di moda, fiere di esposizione)
- Servizi di sicurezza sociale obbligatoria
- Servizi di prestazione sociale
- Altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative
- Servizi religiosi
- Servizi alberghieri e di ristorazione (Servizi di fornitura pasti, servizi di catering, servizi di catering per imprese di trasporto, Servizi di ristorazione scolastica, servizi di mensa, servizi di mensa scolastica)
- Servizi legali
- Servizi della pubblica amministrazione forniti alla collettività

## ***Affidamento Servizi sociali (artt. 128 e ss. )***

Disciplina cd. Alleggerita:

Principali deroghe:

- deroga al principio di rotazione a favore del principio di continuità della prestazione
- deroga al sistema di qualificazione della stazione appaltante
- applicazione delle disposizioni degli appalti ivi richiamate (pubblicità, procedure affid, requisiti generali, professionali, soccorso istruttorio)
- applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa
- soglia € 750.000,00

## ***Revisione Prezzi (art. 60)***

- Il D.Lgs. 36/2023 recepisce quanto disposto dal Decreto-legge 27 gennaio 2022, n. 4 (GU n. 21 del 27-01-2022) cd. «Decreto sostegni ter» convertito in Legge n. 25 del 28 marzo 2022, (G.U. n. 73 del 28/03/2022) ovvero:

«Obbligo di inserimento della clausola di revisione prezzi nei documenti di gara»

- non apportano modifiche che alterino la natura generale del contratto
- 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 maniera prevalente



## ***Revisione Prezzi (art. 60)***

Modalità di calcolo variazioni prezzi: (comma 3)

- con riguardo ai contratti di lavori, gli indici sintetici di costo di costruzione;
- 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.

(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)

## ***Revisione Prezzi (art. 60)***

Per far fronte ai maggiori oneri derivanti dalla revisione prezzi:

- 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 stanziata 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.

## ***Modifiche in fase di esecuzione (art. 120)***

- Il contratto è sempre modificabile nel rispetto della clausola di rinegoziazione da prevedere nel contratto.
- Laddove non previsto, la richiesta di rinegoziazione deve essere avanzata al RUP che formula proposta entro 3 mesi.
- In caso di mancato accordo, è possibile agire in giudizio per il riequilibrio del contratto.

## ***Qualificazione delle Stazioni appaltanti***

- Art. 62 del d.lgs n. 36/2023
- Art. 63 del d.lgs n. 36/2023
- Allegato II.4 (parte delle Linee Guida Anac approvate con delibera n. 441/2022)

## ***Qualificazione delle Stazioni appaltanti***

### **Ruolo dell'Anac:**

L'ANAC stabilisce i requisiti e le modalità attuative del sistema di qualificazione indicando, oltre alla rilevanza percentuale dei singoli requisiti, le modalità con cui:

- a) le S.A. dimostrano il possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal codice;
- b) è rilasciata la qualificazione;
- c) la stazione appaltante può conseguire una qualificazione di livello superiore;
- d) può essere attribuito alla stazione appaltante in via temporanea un livello di qualificazione inferiore rispetto al livello precedentemente ottenuto nell'ipotesi di applicazione di sanzioni pecuniarie ai sensi dell'articolo 222 del codice;
- e) sono mantenuti i livelli di qualificazione.

- Potere sanzionatorio: Qualora le verifiche di cui agli articoli 10, comma 3 e 11, comma 3 accertino violazioni delle disposizioni del codice in materia di qualificazione delle centrali di committenza e delle stazioni appaltanti, l'ANAC può attivare, nei casi e nei termini previsti dall'articolo 63, comma 11, del codice, con le modalità previste nei propri regolamenti, il potere sanzionatorio nei confronti del rappresentante legale della stazione appaltante e della centrale di committenza.

## ***Qualificazione delle Stazioni appaltanti***

### **Ambito di applicazione oggettivo:**

La qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza riguarda almeno uno dei seguenti ambiti:

- a) progettazione tecnico-amministrativa e affidamento delle procedure;
- b) esecuzione dei contratti

La qualificazione è necessaria:

- per gli affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 500 mila euro;
- per l'acquisizione di servizi e forniture d'importo pari o superiore ad € 140.000,00

Non è necessaria la qualificazione per l'effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza e dai soggetti aggregatori.

L'ANAC, dal 1° luglio 2023, non rilascia il codice identificativo di gara (CIG) alle stazioni appaltanti non qualificate.

## ***Qualificazione delle Stazioni appaltanti***

### **Ambito di applicazione soggettivo:**

#### **Sono iscritti di diritto**

- Ministero delle infrastrutture e dei trasporti;
- Provveditorati interregionali per le opere pubbliche;
- Consip S.p.a.;
- Invitalia - Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.a.;
- Difesa servizi S.p.A.;
- l'Agenzia del demanio;
- I soggetti aggregatori di cui alla l. n. 89

#### **Sono iscritte con riserva:**

- le unioni di comuni;
- le provincie e le città metropolitane;
- i comuni capoluogo di provincia e delle regioni

## ***Qualificazione delle Stazioni appaltanti***

### **Ambito di applicazione soggettivo:**

Le SA con riserva pur dovendo presentare domanda di iscrizione non devono dimostrare il possesso dei requisiti al fine del riconoscimento della qualificazione, ma potranno conseguire i requisiti entro il 30.06.2024. A tal fine, entro 1.01.2024 dovranno presentare domanda di qualificazione per l'iscrizione «a regime» entro il 1.01.2024 che seguirà poi l'iter ordinario.

- 1.07.2023 – 1.01.2024 – 30.06.2024

Le stazioni appaltanti non qualificate consultano sul sito istituzionale dell'ANAC l'elenco delle stazioni appaltanti qualificate e delle centrali di committenza qualificate. La domanda di svolgere la procedura di gara, rivolta dalla stazione appaltante non qualificata ad una stazione appaltante qualificata o ad una centrale di committenza qualificata, si intende accolta se non riceve risposta negativa nel termine di dieci giorni dalla sua ricezione. In caso di risposta negativa. La stazione appaltante non qualificata si rivolge all'ANAC, che provvede entro quindici giorni all'assegnazione d'ufficio della richiesta a una stazione appaltante qualificata o a una centrale di committenza qualificata., individuata sulla base delle fasce di qualificazione



## ***Qualificazione delle Stazioni appaltanti***

### **Procedimento di iscrizione (art. 10, all. II.4):**

La presentazione della domanda è condizione necessaria ai fini della qualificazione (eccezioni)

Presentazione domanda di iscrizione tramite l'apposita sezione dell'AUSA e la trasmissione delle informazioni e dei dati richiesti dall'ANAC per la verifica dei requisiti di qualificazione

Attribuzione del livello di qualificazione per la progettazione, l'affidamento e l'esecuzione (da parte dell'Anac)

Verifica a campione ai fini del controllo della veridicità dei medesimi e della conferma del livello di qualificazione

Durata biennale

## ***Qualificazione delle Stazioni appaltanti***

### **Revisione (art. 11 All. II.4):**

Entro tre mesi dalla scadenza, le stazioni appaltanti qualificate accedono all'AUSA e aggiornano o forniscono le informazioni e i dati necessari per la revisione della qualificazione

Per la revisione della qualificazione l'ANAC può valutare anche i seguenti requisiti premianti:

- a) la disponibilità ad effettuare affidamenti per conto di stazioni appaltanti non qualificate;
- b) l'aggregazione di stazioni appaltanti per lo svolgimento in comune degli affidamenti e dell'esecuzione.

Verifica a campione

## ***Qualificazione delle Stazioni appaltanti***

### **Ambiti Qualificazione):**

Può essere richiesta per Servizi/forniture – Lavori o entrambe le tipologie contrattuali.

Ambiti:

- Progettazione e affidamenti
- Esecuzione

Fino 31.12.2024 la qualificazione per progettazione e affidamenti comporta, di diritto, anche quella per l'esecuzione.

## ***Concessioni***

- Artt. 176 - 192 (fase affidamento ed esecuzione)
- Differenza tra appalti e concessioni
- traslazione del rischio operativo (art. 177)

## ***Concessioni***

### **Durata (art. 178):**

- limitata ed è determinata dall'ente concedente in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario
- Per le concessioni ultraquinquennali, la durata massima della concessione non supera il periodo di recupero degli investimenti
- La durata massima della concessione deve essere indicata nei documenti di gara, a meno che essa non sia utilizzata come criterio di aggiudicazione del contratto
- La durata dei contratti di concessione non generalmente prorogabile

## *Concessioni*

### **Stima del valore delle concessioni (art. 179)**

- il valore di una concessione è costituito dal **fatturato totale del concessionario** generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'ente concedente, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi
- il valore stimato della concessione è calcolato secondo un metodo oggettivo specificato nei documenti di gara della concessione, tenendo conto, se del caso i parametri ivi indicati
- al momento dell'invio del bando di concessione o, nei casi in cui non sia previsto detto bando, al momento in cui l'ente concedente avvia la procedura di aggiudicazione della concessione

## *Concessioni*

### Sottosoglia comunitaria (art. 187)

**Procedura negoziata**, senza pubblicazione di un bando di gara, previa consultazione, ove esistenti, di almeno **10 operatori economici**, nel rispetto di un **criterio di rotazione** degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. Resta ferma la facoltà per l'ente concedente di affidare gli stessi contratti di concessione di importo inferiore alla soglia europea mediante le procedure di gara disciplinate dal presente Titolo II.

**Affidamento diretto:** implicitamente previsto dall'art. 3 e dall'all. 1.1

# ***Concessioni***

## **Bando (art. 182)**

### **Contenuto – All. IV.1**

1. Nome, numero di identificazione
2. Tipo di amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore e principale attività svolta.
3. Se le domande di partecipazione devono includere le offerte, indirizzo di posta elettronica o sito Internet
4. Descrizione della concessione:
5. Codici CPV. Se la concessione è suddivisa in lotti, è necessario fornire tali informazioni per ogni lotto.
6. Codice NUTS per il luogo principale di esecuzione dei lavori nel caso di concessioni di lavori o codice NUTS per il luogo principale di esecuzione delle concessioni di servizi; se la concessione è suddivisa in lotti, è necessario fornire tali informazioni per ogni lotto.
7. Le condizioni di partecipazione
8. Termine per la presentazione delle domande di partecipazione o per la ricezione delle offerte.
9. Criteri di aggiudicazione della concessione se non figurano in altri documenti di gara.
10. Data di spedizione del bando.
11. Nome e indirizzo dell'organo competente per le procedure di
12. Laddove opportuno, condizioni particolari a cui è soggetta l'esecuzione della concessione.
13. Indirizzo al quale inviare le domande di partecipazione o le offerte.
14. Se del caso, indicare i requisiti e i termini connessi all'impiego di mezzi di comunicazione elettronici.
15. Informazioni necessarie ad accertare se la concessione è associata a un progetto e/o programma finanziato con fondi dell'Unione.
16. Per le concessioni di lavori, indicare se la concessione rientra nell'ambito dell'AAP.



# *Concessioni*

## **Bando (art. 182)**

- Eccezioni all'obbligo di previa pubblicazione del bando, quando:

- a) l'oggetto della concessione è la creazione o l'acquisizione di un'opera d'arte o di una rappresentazione artistica unica;
- b) l'assenza di concorrenza per motivi tecnici;
- c) l'esistenza di un diritto esclusivo;
- d) la tutela dei diritti di proprietà intellettuale e di diritti esclusivi diversi da quelli definiti all'articolo 5, punto 10, della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014.
- e) qualora non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata o non sia stata depositata alcuna candidatura o alcuna candidatura appropriata in risposta a una precedente procedura di concessione, purché le condizioni iniziali del contratto di concessione non siano sostanzialmente modificate

>>>> Le eccezioni di cui alle lettere b), c) e d) si applicano unicamente qualora non esistano alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non sia il risultato di una limitazione artificiosa dei parametri per l'aggiudicazione della concessione.

# ***Concessioni***

## **Procedimento (art. 183)**

-l'amministrazione può limitare il numero di candidati o di offerenti a un livello adeguato, purché ciò avvenga in modo trasparente e sulla base di criteri oggettivi (comma 4)

- L'ente concedente può condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti. L'oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi non sono modificati nel corso delle negoziazioni. Tali negoziazioni sono condotte di regola attraverso un dialogo competitivo ai sensi dell'articolo 74 (comma 7)

- è ammesso l'avvalimento, con facoltà per la stazione appaltante di richiedere che l'operatore economico e i soggetti in questione siano responsabili in solido dell'esecuzione del contratto (comma 9)

- Alle stesse condizioni, un raggruppamento di operatori economici può far valere le capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti (comma 10)

## *Concessioni*

### **REVISIONE PREZZI (art. 192)**

in presenza di eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili, ivi compreso il mutamento della normativa o della regolazione di riferimento, purché non imputabili al concessionario, che incidano in modo significativo sull'equilibrio economico-finanziario dell'operazione,



il concessionario può chiedere la revisione del contratto nella misura strettamente necessaria a ricondurlo ai livelli di equilibrio e di traslazione del rischio pattuiti al momento della conclusione del contratto.

L'alterazione dell'equilibrio economico e finanziario dovuto a eventi diversi da quelli di cui al primo periodo e rientranti nei rischi allocati alla parte privata sono a carico della stessa.

No modifiche sostanziali

In caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico-finanziario le parti possono recedere dal contratto.

## *Concessioni*

### **TAR Reggio Calabria, 20.04.2023 n. 344**

#### **Sulla determinazione del valore della concessione**

Deve, tuttavia, osservarsi, che il valore della concessione non può essere ancorato ad un parametro – quello del canone di concessione – non rispondente alla previsione normativa recata dall'art. 167 del D.L.vo n. 50/2016.

L'esatta determinazione del valore dell'affidamento assume, invero, rilievo sotto molteplici aspetti: è essenziale per poter fornire una corretta informazione agli operatori economici potenzialmente interessati a prestare il servizio, serve ad individuare con esattezza la forma di pubblicità idonea, è necessaria per determinare l'entità delle cauzioni e del contributo dovuto all'Autorità (Consiglio di Stato sez. III, sentenza n. 4343 del 18 ottobre 2016).

Serve, inoltre, ad individuare la corretta procedura da espletare.

## ***Concessioni***

### **Consiglio di Stato, sez. V, 01.12.2022 n. 10567 - Sul rischio imprenditoriale**

In materia di concessione di servizi il rischio imprenditoriale di cui il concessionario è portatore discende non solo dal flusso di accesso degli utenti al servizio e dalle variazioni di mercato, ma anche da scelte dell'imprenditore in merito all'organizzazione dei propri mezzi e delle modalità di offerta del servizio, in quanto capaci di orientare la domanda e di condizionare, almeno in una certa misura, i fattori esogeni sopra indicati; pertanto, la previa stima approssimativa del fatturato compiuta dalla stazione appaltante non è neanche astrattamente idonea a neutralizzare tale area imprenditoriale (in tal senso, Cons. Stato, III, n. 2926/2017);

– se nella lex specialis deve essere indicato il volume dei ricavi che il servizio può generare, al fine di orientare gli operatori economici sulla dimensione economica del servizio da dare in affidamento, l'operatore economico resta però libero, assumendosi il rischio imprenditoriale, di organizzare i propri mezzi e l'offerta, per massimizzare il guadagno derivante dalla concessione; di conseguenza, colui che partecipa a una gara per una concessione di servizi può formulare un'offerta ipotizzando che la gestione del servizio gli consenta di realizzazione ricavi maggiori rispetto a quelli stimati dall'amministrazione concedente e da questa indicati nella legge di gara, assumendosi però il rischio delle proprie valutazioni (in tal senso, T.A.R. Calabria, I, n. 1600/2017);

## ***Concessioni***

### **Consiglio di Stato, sez. V, 01.12.2022 n. 10567 - Sul rischio imprenditoriale**

In materia di concessione di servizi il rischio imprenditoriale di cui il concessionario è portatore discende non solo dal flusso di accesso degli utenti al servizio e dalle variazioni di mercato, ma anche da scelte dell'imprenditore in merito all'organizzazione dei propri mezzi e delle modalità di offerta del servizio, in quanto capaci di orientare la domanda e di condizionare, almeno in una certa misura, i fattori esogeni sopra indicati; pertanto, la previa stima approssimativa del fatturato compiuta dalla stazione appaltante non è neanche astrattamente idonea a neutralizzare tale area imprenditoriale (in tal senso, Cons. Stato, III, n. 2926/2017);

– se nella lex specialis deve essere indicato il volume dei ricavi che il servizio può generare, al fine di orientare gli operatori economici sulla dimensione economica del servizio da dare in affidamento, l'operatore economico resta però libero, assumendosi il rischio imprenditoriale, di organizzare i propri mezzi e l'offerta, per massimizzare il guadagno derivante dalla concessione; di conseguenza, colui che partecipa a una gara per una concessione di servizi può formulare un'offerta ipotizzando che la gestione del servizio gli consenta di realizzazione ricavi maggiori rispetto a quelli stimati dall'amministrazione concedente e da questa indicati nella legge di gara, assumendosi però il rischio delle proprie valutazioni (in tal senso, T.A.R. Calabria, I, n. 1600/2017);