

Progetto "Next Generation EU – EuroPA Comune"

Organizzato da Centro Studi Enti Locali in collaborazione
con il Dipartimento Economia e Management dell'Università degli Studi di Pisa

WEBINAR - Tavolo tecnico n. 9/2022

**Avvio gare PNRR da parte degli Enti Locali
Indicazioni operative e potenziali criticità**

MARTEDÌ 15 NOVEMBRE 2022 ORE 10,00 - 12,00

Prof. Dr. Andrea Mazzillo, Ph.D.

Principi di
efficienza,
efficacia,
economicità e
tempestività

- La disciplina prevista dai due decreti semplificazioni (dl 76/2022 e 77/2021) è orientata non solo alla semplificazione delle procedure di affidamento per appalti, lavori e servizi in ambito PNRR e PNC. L'obiettivo ulteriore è quello del rispetto della tempistica e degli adempimenti comunitari che presiedono all'impiego delle straordinarie risorse messe a disposizione per riparare ai danni economici e sociali della crisi pandemica, e che al contempo si pongono l'ulteriore intendimento di contribuire a risolvere le debolezze strutturali dell'economia italiana, anche attraverso un percorso di transizione ecologica e ambientale

Disegno di legge delega al Governo per il riassetto della materia dei contratti pubblici

- Con la precedente normativa derogatoria, introdotta in concomitanza con l'emergenza pandemica (L.120/2020) la scelta di fondo è stata quella di non procedere a modifiche strutturali del codice, salvo rare eccezioni, rendendo meno centrale la disciplina organica dettata dal d.lgs 20/2016.
- La conseguenza è stata una sovrapposizione tra il regime ordinario ed i regimi speciali causando incertezze applicative in antitesi al principio di semplificazione auspicato dal legislatore.
- Pertanto a fronte di tali criticità si apre la sfida del nuovo esecutivo che è chiamato a rendere ancora più efficace l'azione riformatoria prevista dal Piano.

Sulla riforma del codice

La task Force del MIT

- I nomi dei sette esperti che aiuteranno l'Ufficio legislativo del ministero a semplificare la bozza da portare in Consiglio dei ministri a dicembre
- A comporre il team sono Anna Corrado, magistrato amministrativo in forza al Tar Campania; Maurizio Michelini, presidente dell'ordine degli ingegneri di Genova; Massimo Sessa, presidente del Consiglio superiore dei lavori pubblici; Fulvio Maria Soccodato, dirigente Anas; Veronica Vecchi, presidente della società Infrastrutture Milano-Cortina e «Associate professor» alla Sda Bocconi; gli avvocati Paolo Clarizia e Marco Giustiniani.

Adempimenti a carico degli operatori economici

- Per gli operatori economici con più di 100 dipendenti, già assoggettati **all'obbligo di trasmissione del rapporto periodico sulla situazione del personale maschile e femminile** (ex art. 46 del D.Lgs. n. 198 del 2006) al comma 2 è introdotto un ulteriore onere documentale per la partecipazione alle gare, dovendo produrre, al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta, pena l'esclusione, una copia di detto rapporto oppure, in caso di ritardo nella presentazione di quest'ultimo, l'attestazione della sua contestuale trasmissione alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità.
- Ulteriori adempimenti per le imprese con oltre 15 e fino a 100 dipendenti
- Possibilità delle stazioni appaltanti di introdurre clausole dirette a favorire le pari opportunità generazionali e di genere (punteggio premiale)

Misure premiali
Per gli OE che
riducono i tempi di
realizzazione delle
opere

- Possibilità per le stazioni appaltanti di assicurare misure di incentivazione per opere che vengono concluse in anticipo (con relativo utilizzo della voce imprevisti sul QE).
- Rimane comunque aperta la questione legata al rischio della regolarità dell'esecuzione spesso scarsamente monitorata rispetto alle procedure di affidamento.

Misure premiali
Per gli OE che
riducono i tempi di
realizzazione delle
opere

- Il comma 6 dell' art. 48 del D.L. n. 77/ del 2021 convertito con L. n. 108 del /2021 introduce la possibilità per le stazioni appaltanti di prevedere un sistema premiale per l'uso nella progettazione dei metodi e strumenti elettronici (BIM), da utilizzare attraverso piattaforme interoperabili a mezzo di formati aperti non proprietari nell'ambito di regole definite a livello ministeriale sull'utilizzo del BIM per i progetti che intendono avvalersi dei finanziamenti del PNRR.

I principi del
nuovo codice
Art. 4, co. 3 e 4

- Un primo principio riguarda l'ipotesi in cui l'aggiudicazione sia stata annullata in via di autotutela o a seguito di ricorso giurisdizionale. In questo caso l'affidamento incolpevole dell'aggiudicatario – che rileva ai fini del risarcimento del danno - non sussiste se la riscontrata illegittimità era agevolmente rilevabile in base all'ordinaria diligenza professionale. In secondo luogo, è previsto che qualora sia stata rilevata l'illegittimità della gara ma al concorrente non spetti comunque l'aggiudicazione, il danno risarcibile è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati e che siano conseguenza diretta del comportamento illegittimo dell'ente appaltante. Infine, qualora l'ente appaltante sia stato condannato al risarcimento del danno, ai fini dell'azione di rivalsa degli stessi resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore che abbia conseguito l'aggiudicazione illegittima con comportamenti contrari a buona fede.

I principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale Art 6

- L'articolo richiama i principi di **solidarietà e sussidiarietà orizzontale** per legittimare gli affidamenti di determinate prestazioni a spiccata valenza sociale a favore di organizzazioni private a carattere non lucrativo- Si tratta degli affidamenti a favore delle organizzazioni del terzo settore, che rappresentano una realtà ormai consolidata e riconosciuta anche dalla giurisprudenza, che sono disciplinati dal [D.lgs. 117/2017, cui lo stesso articolo 6](#) rinvia.

Principio di auto-organizzazione amministrativa Art. 7

Questo principio rimette all'autonomia organizzativa dei singoli enti appaltanti la scelta in merito alle modalità con cui gli stessi possono procedere all'acquisizione di beni e servizi e all'esecuzione dei lavori. Anche in questo caso non vi sono novità particolarmente significative, poiché vengono richiamati istituti e principi noti, tra cui i seguenti modelli organizzativi:

- a) quello più tradizionale dell'esternalizzazione, consistente nell'acquisizione dal mercato, tramite ordinarie gare di appalto, delle prestazioni da rendere da parte degli operatori economici selezionati secondo i canoni dell'evidenza pubblica;
- b) l'autoproduzione, che sostanzialmente si concretizza negli affidamenti in house;
- c) la cooperazione, che riguarda il modello organizzativo che coinvolge più enti appaltanti ai fini dello svolgimento di determinate prestazioni.

Cooperazione tra enti pubblici committenti

L'ultima modalità è quella della cooperazione tra enti pubblici committenti. L'accordo di cooperazione in base al quale vengono rese le prestazioni è sottratto all'applicazione del Codice – e quindi l'affidamento può avvenire in via diretta – purchè sia indirizzato al perseguimento di obiettivi di interesse comune e rispetti una serie di condizioni: è stipulato esclusivamente tra enti appaltanti; prevede la partecipazione di tutti i suddetti enti allo svolgimento delle prestazioni; implica una convergenza sinergica su attività di interesse comune; gli enti appaltanti svolgono sul mercato almeno il 20% delle attività oggetto della cooperazione. Si tratta di previsioni che in parte riprendono e in parte dettagliano in maniera più puntuale le condizioni che sono comunque già previste dall'attuale D.lgs. 50.

Principio di
autonomia negoziale
e divieto di gratuità
delle prestazioni
Art 8

Il nuovo codice detta un principio di carattere generale e una prescrizione specifica. Il principio – indicato al comma 1 - è quello dell'autonomia negoziale, che viene riconosciuta alle pubbliche amministrazioni ai fini del perseguimento delle loro finalità istituzionali. Le pubbliche amministrazioni possono concludere qualunque contratto, anche a titolo gratuito. Tuttavia i successivi due commi delimitano in senso restrittivo la possibilità di concludere contratti a titolo gratuito, con una disciplina complessiva che non appare del tutto lineare.

Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale Art 8

Questo principio, declinato dall'articolo 8, tocca un tema di grande attualità, relativo a quegli eventi che intervengono in corso di esecuzione del contratto, idonei ad alterarne l'equilibrio economico (il caro materiali ne è un esempio emblematico). Per la prima volta viene espressamente previsto nell'ambito della disciplina pubblicistica il diritto alla rinegoziazione del contratto, astrattamente a favore di entrambi i contraenti ma nella pratica normalmente a vantaggio dell'appaltatore. L'esercizio di tale diritto è soggetto ad alcune condizioni (comma 1):

- a) l'equilibrio contrattuale originario deve essere stato alterato in maniera rilevante;
- b) tale alterazione deve essere dovuta a circostanze straordinarie e imprevedibili;
- c) queste circostanze devono essere estranee alla normale alea contrattuale, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato.

Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione

Il principio di tassatività delle cause di esclusione non è nuovo. L'unica specificità è che viene introdotta una distinzione tra clausole difformi delle cause di esclusione consentite, come tali annullabili, e clausole di esclusione diverse da quelle consentite, che sono nulle. Anche il principio di massima partecipazione ribadisce concetti conosciuti, dando facoltà agli enti appaltanti di definire requisiti di partecipazione attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo conto dell'interesse pubblico alla più ampia partecipazione alle gare.

Principio di applicazione dei contratti collettivi

Anche sotto questo profilo non vi sono particolari innovazioni, se non appunto l'aver voluto dare all'obbligo di applicazione del contratto collettivo nazionale di settore ai lavoratori impiegati nell'appalto la dignità di principio generale. Resta peraltro ferma la possibilità per l'appaltatore di applicare un contratto diverso da quello indicato dall'ente appaltante, purchè assicuri le medesime tutele per i lavoratori.

Decreto semplificazioni
bis- DL 77/2022
Il regime degli appalti
pubblici

- Più articolate e complesse sono le novità introdotte nella materia degli appalti pubblici, anche perché in parte incidenti non direttamente sul regime ordinario dei contratti pubblici disciplinato dal relativo codice, di cui al [d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50](#), ma sulla normativa derogatoria introdotta anche sulla spinta dell'emergenza pandemica con decretazione d'urgenza come ad esempio il [d.l. 16 luglio 2020, n. 76](#) (cosiddetto Decreto Semplificazioni) e altra normativa derogatoria in materia, quale il cosiddetto decreto sblocca cantieri, [d.l. 18 aprile 2019, n. 32](#).
- Ciò in un contesto ordinamentale che tende sempre di più a spostare al di fuori della disciplina codicistica il regime degli appalti pubblici, distribuendola in altre previsioni legislative speciali, se non spesso derogatorie e temporanee, con difficoltà degli operatori di ricerca e inserimento sistematico delle norme e la creazione di regimi intertemporali, con una sorta di "effetto entropico" su una disciplina che tende a essere sempre più specialistica (per non dire complessa).

Decreto semplificazioni
bis- DL 77/2022
Il subappalto

- Sembra opportuno mettere subito in rilievo la modifica alla travagliata disciplina del subappalto, in quanto, com'è noto, è stata oggetto di interventi della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (decisioni [26 settembre 2019 - C63/18](#); [27 novembre 2019 - C402/18](#); [30 gennaio 2020, C395/18](#)) che a più riprese ne hanno sancito, anche recentemente, l'incompatibilità con il diritto eurounitario, in primo luogo per quanto riguarda i limiti massimi di possibile ricorso al subappalto da parte della stazione appaltante, fissati nel regime ordinario nel 30% e temporaneamente derogati dal decreto sblocca cantieri, facendo palese l'esigenza, richiamata in più sedi anche stragiudiziali (atto di [segnalazione ANAC n. 8 del 13 novembre 2019](#), Segnalazione dell' AGCM del 4 novembre 2020).

Decreto semplificazioni
bis - Art. 49 del DL
77/2022
Subappalto

- un regime temporaneo che abroga quello introdotto dal cosiddetto decreto sbloccacantieri ([d.l. 18 aprile 2019 n. 32](#), convertito in [legge 14 giugno 2019, n. 55](#)), secondo cui fino al 31 ottobre 2021 - in deroga alle norme dell'[art. 105](#) del codice dei contratti, che prevedono un limite del 30% (sia per i subappalti "ordinari", sia per quelli su categorie superspecialistiche) ma anche alla legge di conversione del decreto sblocca cantieri che l'aveva portato al 40% - il subappalto non può superare la quota del 50% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture;
- la rimozione, a partire dall'1 novembre 2021, di ogni limite quantitativo generale e predeterminato al subappalto, con la modifica del comma 2 dell'[art. 105](#), del codice dei contratti.

Decreto semplificazioni
bis - Art. 49 del DL
77/2022
Subappalto

Le stazioni appaltanti, tuttavia, potranno indicare nei documenti di gara - previa adeguata motivazione nella determina a contrarre, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti - **le prestazioni o le lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione:**

- delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle delle categorie superspecialistiche di opere (di cui all'articolo 89, comma 11 del codice dei contratti pubblici);
- 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 e di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori;
- dell'esigenza di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali, a meno che i subappaltatori siano iscritti nelle cosiddette white list (ex comma 52 dell' art. 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190), ovvero nell'anagrafe antimafia (ex art. 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito in legge 15 dicembre 2016, n. 229).

Decreto semplificazioni
bis - Art. 49 del DL
77/2022
Subappalto

- È stato consequenzialmente abrogato, sempre dall'1 novembre 2021, il limite del 30% anche per le opere superspecialistiche, con l'abrogazione del comma 5 dell'art. 105 del codice dei contratti, rientrando anche queste categorie di opere nella disciplina generale.
- L'indicato comma 5, tuttavia, stabiliva anche il divieto di suddividere, senza ragioni obiettive, gli **affidamenti in subappalto delle opere superspecialistiche** e, quindi, l'abrogazione della norma sembrerebbe aver fatto venir meno anche tale limitazione
- *Al suo posto è stata inserita l'espressa previsione secondo cui, 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, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale.*

Decreto semplificazioni
bis - Art. 49 del DL
77/2022
Banca dati nazionale

- Inoltre, sempre ai sensi dell'art. 49 del decreto, le amministrazioni competenti assicurano la piena operatività della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici di cui all'[articolo 81](#) del d.lgs. n. 50 del 2016; adottano il documento relativo alla congruità dell'incidenza della manodopera, di cui all'[articolo 105, comma 16](#), del codice dei contratti pubblici e dell'[art. 8, comma 10-bis](#), del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, in [legge 11 settembre 2020, n. 120](#); adottano entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del d.l. in esame il regolamento di cui all'[art. 91, comma 7](#), del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (che individua le diverse tipologie di attività suscettibili di infiltrazione mafiosa nell'attività di impresa).

A large red speech bubble graphic with a white outline, pointing downwards. The text "Grazie per l'attenzione" is centered inside the bubble in white. The background features faint, overlapping concentric circles and curved lines in light gray and white.

Grazie per l'attenzione