

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI PARTHENOPE

Dipartimento di Giurisprudenza

CORSO DI STUDI in *MANAGEMENT PUBBLICO*

Diritto dei contratti e delle obbligazioni

mod. I

Prof.ssa Bianca Nicla Romano

A.A. 2023-2024

# **I Principi nel nuovo Codice dei contratti**

## Il principio del risultato (art. 1)

Il Legislatore codifica il principio del risultato quale interesse pubblico primario e finalità principale che stazioni appaltanti ed enti concedenti devono sempre assumere nell'esercizio delle loro attività, connettendolo all'affidamento del contratto relativo alla realizzazione dell'opera pubblica, ovvero all'espletamento del servizio e al conseguimento della fornitura e della sua esecuzione da parte delle stazioni appaltanti, le quali devono conseguirlo con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo.

L'affidamento del contratto e la sua esecuzione devono avvenire con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, sempre nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza, che vengono espressamente richiamati.

## Il principio del risultato (art. 1)

Quello del risultato è un tema che ha molto interessato la dottrina in particolare tra la seconda metà degli anni Novanta del secolo scorso e i primi anni del nuovo millennio, quando, rilevandosi la scarsa efficienza dell'azione amministrativa, si è ritenuto di attribuire al risultato, forte dell'ormai piena consapevolezza del carattere precettivo del principio costituzionale di buon andamento, una nuova importanza grazie alla quale esso potesse e dovesse divenire, al contempo, parametro idoneo a misurare la responsabilità dei funzionari e strumento per la valutazione della legittimità dell'atto amministrativo, armonizzando, in tal modo, il principio di legalità con quello di buon andamento.

## Il principio del risultato (art. 1)

Nell'ambito del nuovo Codice il Legislatore ha tenuto conto di tale impostazione individuando il risultato quale «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale» e per «l'individuazione, da parte delle stesse stazioni appaltanti, della regola del caso concreto»; ma, soprattutto, considerandolo necessario per «valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti» ed anche per «attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva».

## Il principio del risultato (art. 1)

L'esigenza di raggiungere il risultato, insomma, può fungere da ulteriore stimolo per la Pubblica Amministrazione ad un esercizio più proficuo della propria azione nella realizzazione di un'opera o nel conseguimento di un bene o servizio in quanto consente di elevare «ad un ruolo di primazia il principio del perseguimento e della attuazione dell'interesse pubblico all'esecuzione del contratto».

In ragione di ciò, il principio *de quo* appare destinato ad operare sia come criterio di bilanciamento con altri principi nell'individuazione della regola del caso concreto, sia come criterio interpretativo delle singole disposizioni, insieme con quello della "fiducia nell'azione amministrativa", sancito all'art. 2 e introdotto dal Legislatore al fine di favorire l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, conferendo ad esse un nuovo valore.

## Il principio del risultato (art. 1)

Nel comma 2 è enunciato, poi, il valore funzionale della concorrenza e della trasparenza, quale mezzo per raggiungere il risultato.

Dunque:

- a) la concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti;
- b) la trasparenza è, invece, funzionale a conseguire la massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del Codice e ne assicura la piena verificabilità.

Tale ultimo termine evoca il concetto di *accountability*, inteso come responsabilità per i risultati conseguiti. In quest'ottica, la logica del risultato, attraverso la definizione degli obiettivi e il controllo trasparente sull'attività amministrativa, costituisce un mezzo per assicurare l'*accountability*, e dunque di crescente efficienza e responsabilizzazione delle amministrazioni pubbliche.



## Il principio del risultato (art. 1)

Nel comma 3, sulla scorta della teorizzazione della c.d. amministrazione del risultato, si chiarisce che 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 ed è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione Europea.

Ai sensi del comma 4 tale principio costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto.

Dunque, esso rappresenta un principio-guida nella ricerca della soluzione del caso concreto, al fine di sciogliere la complessità, spesso inevitabile, che deriva dall'intreccio di principi, norme di diritto dell'Unione Europea, norme di Legge ordinaria, atti di regolazione e indirizzi della giurisprudenza.

## Il principio del risultato (art. 1)

Sempre ai sensi del comma 4 si rileva che il principio *de quo* costituisce criterio prioritario per:

- a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, in coerenza con il principio della fiducia declinato nell'art. 2;
- b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva, rimandando alla naturale sede della contrattazione collettiva per la concreta individuazione delle modalità operative.



## Il principio della fiducia (art. 2)

La formula con cui esordisce l'art. 2 dà risalto, molto efficacemente, a qualcosa che, evidentemente, non era affatto scontato, e cioè che «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».

Essa funge da sprone ad agire per tutti i soggetti coinvolti nel settore dei contratti pubblici, sul presupposto che si debba avere fiducia nella legittimità della loro azione.

In considerazione di tale presupposto l'iniziativa e la possibilità di assumere decisioni in autonomia - in particolare da parte del funzionario - devono essere funzionali «al risultato» da conseguirsi e da realizzarsi in concreto attraverso l'esercizio di una discrezionalità rinnovata proprio dal ripristino del «clima di fiducia del sistema».

## Il principio della fiducia (art. 2)

Si tratta, dunque, di un principio che nasce dalla necessità di arginare le conseguenze della cd. “burocrazia difensiva” determinata, spesso, dalla “paura di firmare” in cui cadono i funzionari per il timore delle possibili conseguenze del loro agire; pertanto, essi preferiscono non assumere decisioni, con inevitabile pregiudizio dell’efficienza e, più in generale, del buon andamento dell’azione amministrativa, scaricando sul legislatore o sul giudice la soluzione di problemi che spetterebbe invece alla P.A. affrontare e risolvere (si è parlato efficacemente anche di tendenza ad “amministrare per legge” e “amministrare per sentenza”).

In altri termini, si tratta di un principio attraverso il quale si mira a valorizzare lo spirito di iniziativa e la discrezionalità degli amministratori pubblici, introducendo una “rete di protezione” rispetto all’alto rischio che accompagna il loro operato.

## Il principio della fiducia (art. 2)

Affinché possa effettivamente rispondere al fine previsto e rappresentare un segno di svolta rispetto al passato è, però, necessario che la fiducia sia recuperata in maniera reciproca. Solo in tal modo, infatti, essa può essere contrapposta in maniera decisa alla logica fondata sulla “sfiducia” (se non addirittura sul “sospetto”) per l’azione dei pubblici funzionari che si è sviluppata negli ultimi anni anche a causa di una normazione di estremo dettaglio che, soventemente, ha finito con il mortificare l’esercizio della discrezionalità, ostacolando, spesso, la stessa efficienza dell’attività amministrativa.

## Il principio della fiducia (art. 2)

La sfiducia cui si fa riferimento e da doversi superare è, difatti, “bilaterale”, in quanto connota sia il rapporto tra cittadini e Pubblica Amministrazione, sia quello tra Pubblica Amministrazione e soggetti controllori (in particolare Magistratura e Corte dei conti).

Nel primo rapporto i cittadini nutrono sfiducia nei confronti dell'operato dell'amministrazione perché troppo spesso si sono trovati di fronte alla cd. “burocrazia difensiva” adottata da parte dei funzionari e che, di fatto, ha impedito la soddisfazione dell'interesse pubblico cui la loro azione dovrebbe essere indirizzata.

Nel secondo rapporto, invece, la sfiducia è quella dei pubblici funzionari nei confronti dei controllori, perché, altrettanto spesso, sono state automaticamente avviate, da parte di questi ultimi nei loro confronti, procedure di accertamento di responsabilità amministrative, civili, contabili e penali, a volte anche prive di effettivo fondamento, che hanno sostanzialmente paralizzato la loro azione generando la cd. “paura della firma”.

## Il principio della fiducia (art. 2)

La necessità di tale principio denota, tuttavia, una patologia insita nell'agire amministrativo e che è venuta in evidenza quando si è dovuto dare attuazione alle azioni previste dal PNRR, in quanto di fronte ad esse i pubblici funzionari sono apparsi rallentati fino quasi alla paralisi, in particolare proprio nel settore dei contratti pubblici, perché costretti a districarsi tra troppe normative di dettaglio, ulteriori rispetto alla legge generale (si pensi alle tante linee guida dell'Anac e ai pareri del MIT) e spesso anche difficili da adattare ai singoli casi concreti.

## Il principio della fiducia (art. 2)

Il comma 3 dell'art. 2 stabilisce in quali casi è configurabile la responsabilità amministrativa per colpa grave in capo al funzionario nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti.

In pratica, si incorre in responsabilità per colpa grave quando vi sia la «violazione delle 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» ma solo «in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto».

La stessa norma, poi, contiene una clausola di esonero, in quanto esclude che costituisca colpa grave «la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti».



## Il principio della fiducia (art. 2)

In tema di responsabilità va evidenziato che, fino al 30 giugno 2023, l'art. 21 del d.l. 76/2020, come prorogato dal PNRR, ha limitato la responsabilità erariale dei funzionari pubblici ai casi di dolo, limitando, altresì, quella per colpa grave ai casi di condotte omissive.

All'interno del nuovo Codice scompare, quindi, il riferimento alle forme di responsabilità erariale e disciplinare (contenuto, invece, nell'art. 32 nel D.Lgs. n. 50/2016): gli unici riferimenti alla responsabilità del soggetto agente per danno erariale sono quelli contenuti nell'art. 215, il cui comma 3 prevede che l'inosservanza dei pareri e delle determinazioni del Collegio consultivo tecnico «è valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali». Invece, non si rileva alcuna disposizione relativa alla responsabilità disciplinare.

## Il principio della fiducia (art. 2)

Il comma 3 dell'art. 2 potrebbe essere inteso come una sorta di temperamento del principio della fiducia, in quanto, pur dettando la regola del "caso concreto" che deve sempre guidare ogni valutazione del comportamento tenuto dai pubblici funzionari, al contempo vuole creare un clima di maggiore "serenità" specie per quelli che, operando in realtà meno strutturate, si trovano spesso a dovere assumere decisioni che esulano dalle loro specifiche competenze.

Tuttavia, la formula utilizzata nella norma *de qua* potrebbe dar luogo a difficoltà applicative legate alla sua interpretazione.

## Il principio della fiducia (art. 2)

Infatti, non appare chiaro:

- a quale tipo di norma si contrappongano le norme “di diritto” (se, cioè, ad una norma tecnica o, invece, ad una norma di rango secondario);
- a quali “auto-vincoli” si faccia riferimento, se a quelli contenuti nei bandi di gara o ad altri che, però, non sono meglio precisati;
- infine, non è sempre semplice né determinabile a priori quale sia “l’indirizzo giurisprudenziale prevalente”, soprattutto nella fase iniziale di attuazione delle nuove norme;
- non è agevole individuare quali siano le “autorità competenti” a rilasciare pareri, e non è detto che questi ultimi, se espressi, possano effettivamente costituire un freno all’azione amministrativa.

## Il principio della fiducia (art. 2)

Gli interrogativi che la norma ha stimolato e che danno luogo a possibili criticità dovranno e potranno, evidentemente, essere risolti solo dalla giurisprudenza.

L'ultimo comma, infine, il 4, prevede una serie di incentivi per promuovere la fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione: infatti, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti devono adottare 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.

In tal modo vengono ad essere valorizzate le sue capacità e competenze da parte delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti e tale valorizzazione può fungere da stimolo ad una azione maggiormente trasparente ed efficiente.

## Il principio dell'accesso al mercato (art. 3)

«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».

L'art. 3 introduce il principio dell'accesso al mercato che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti devono garantire agli operatori economici, secondo le modalità indicate dal codice e attraverso il rispetto dei principi generali dell'azione amministrativa, che deve essere improntata alla correttezza, all'imparzialità e alla non discriminazione, alla pubblicità e alla trasparenza, nonché alla proporzionalità.

*Ratio* sottesa a tale principio è quella di garantire la conservazione e l'implementazione di un mercato concorrenziale, idoneo ad assicurare agli operatori economici pari opportunità di partecipazione e, quindi, di accesso alle procedure ad evidenza pubblica destinate all'affidamento di contratti pubblici.

## Il principio dell'accesso al mercato (art. 3)

La correttezza che le stazioni appaltanti e gli enti devono attuare si ricollega, a sua volta, al principio di tutela dell'affidamento che viene poi esplicitato dal successivo articolo 5 e si sostanzia nell'esigenza che le stazioni appaltanti, gli enti coincidenti e gli operatori economici si comportino in maniera reciprocamente leale nell'ambito della procedura di evidenza pubblica.

L'imparzialità e la non discriminazione hanno un diretto fondamento nell'art. 97 Cost. e nei principi europei in materia di tutela della concorrenza e libera circolazione e rappresentano principi che, calati nella fase di affidamento dei contratti pubblici, impongono alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di assicurare la parità di trattamento fra gli operatori economici, contribuendo anch'essi al conseguimento del miglior risultato possibile nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti pubblici.



## Il principio dell'accesso al mercato (art. 3)

La pubblicità e la trasparenza impongono alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di rendere quanto più visibile e controllabile dall'esterno il proprio operato con lo scopo sia di permettere una valutazione sulla legalità dell'azione amministrativa sia di incentivare la partecipazione degli operatori economici alle procedure di evidenza pubblica.

La proporzionalità, in generale, richiede alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di adottare, nell'esercizio del loro potere discrezionale, la soluzione più congrua che comporti il minor sacrificio possibile di tutti gli interessi, pubblici e privati, coinvolti.

In particolare, il principio di proporzionalità nella fase di accesso al mercato obbliga le stazioni appaltanti e gli enti concedenti a predisporre la documentazione di gara in modo tale da permettere la maggiore partecipazione possibile tra gli operatori economici, soprattutto di piccole e medie dimensioni.

## Critério interpretativo e applicativo (art. 4)

Più che un principio, l'art. 4 contiene un criterio interpretativo di tutte le disposizioni del Codice, le quali devono essere interpretate in base ai principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato.

Ciò significa che, in situazioni dubbie, dovrà essere privilegiata la soluzione che possa essere funzionale alla realizzazione del risultato amministrativo, che sia coerente con la fiducia sull'amministrazione, sui suoi funzionari e sugli operatori economici e che permetta di favorire il più ampio accesso al mercato degli operatori economici.

## Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento (art. 5)

La norma *de qua* codifica un principio che, in realtà, era già presente nel nostro ordinamento.

Pertanto, il comma 1, mantenendosi in linea con la giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria e delle Sezioni Unite, e coerentemente con il modello generale stabilito dalla legge n. 241 del 1990 (art. 1, comma 2-bis), introduce una norma specifica sull'obbligo reciproco di correttezza (per p.a. e operatore economico) che a maggior ragione si giustifica nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica, le quali hanno una chiara valenza pre-contrattuale.

Segnatamente, nella legge sul procedimento la buona fede è stata aggiunta dal Decreto Semplificazioni per la necessità, ancora più avvertita a seguito dell'esperienza pandemica, di un rinnovato rapporto di fiducia e di collaborazione reciproca tra amministrazione e privati, basato, a sua volta, su obblighi di cooperazione e buona fede.

## Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento (art. 5)

Il comma 2 recepisce i principi sulla tutela dell'affidamento incolpevole (anche con riferimento al danno da provvedimento favorevole poi annullato) enunciati dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze n. 5 del 2018 e nn. 19 e 20 del 2021.

In linea con tale giurisprudenza, il senso della norma è quello di evidenziare che l'affidamento rappresenta un limite al potere amministrativo che può venire in considerazione sia in materia di diritti soggettivi che di interessi legittimi ed inerire, pertanto, anche ai rapporti connotati da un collegamento con l'esercizio del potere.

## Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento (art. 5)

Il presupposto su cui si basa la norma è che la lesione dell'affidamento nell'ambito del procedimento di gara, anche quando realizzato attraverso comportamenti, presenta un collegamento forte con l'esercizio del potere; pertanto, la controversia risarcitoria che nasce dalla lamentata lesione della propria libertà di autodeterminazione negoziale da parte del privato, rientra nella giurisdizione amministrativa, specie in considerazione del fatto che, nella materia degli appalti pubblici, il giudice amministrativo gode di giurisdizione esclusiva (art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a.), che si estende, oltre che ai comportamenti amministrativi (in base alla previsione generale contenuta nell'art. 7 c.p.a.), anche alla "controversie risarcitorie".

## Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento (art. 5)

Il comma 3 disciplina le “condizioni” di risarcibilità del danno da provvedimento favorevole poi annullato.

La norma, nell'escludere il carattere incolpevole dell'affidamento in caso di illegittimità agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti, recepisce nella sostanza i principi espressi dall'Adunanza plenaria n. 20 del 2021, in attuazione di quanto previsto dall'art. 1, comma 1, della legge-delega che prevede l'adeguamento della disciplina vigente “ai principi espressi dalla giurisprudenza ...delle giurisdizioni superiori, interne ed internazionali”.



## Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento (art. 5)

Si precisa, infine, che il danno risarcibile è quello correlato alle conseguenze negative che la scorrettezza della p.a. ha avuto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico.

Sul piano del *quantum*, il riferimento è, quindi, al c.d. interesse negativo, ossia, in base agli insegnamenti tradizionali della giurisprudenza in materia di responsabilità precontrattuale, ai costi inutilmente sostenuti per partecipare alla gara e alla c.d. *chance* contrattuale alternativa.

Tali danni devono essere effettivi e provati.

## Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento (art. 5)

Infine, il comma 4, riprendendo alcuni spunti già delineati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 2 del 2017 (in materia di ottemperanza per equivalente in caso di impossibilità di ottenere in forma specifica l'aggiudicazione di un appalto), dà un fondamento normativo all'azione di rivalsa da parte dell'amministrazione (condannata al risarcimento del danno a favore del terzo illegittimamente pretermesso nella procedura di gara) nei confronti dell'operatore economico che sia risultato aggiudicatario sulla base di una (sua) condotta illecita.

La norma trova giustificazione anche in criteri di giustizia sostanziale, specie se si considera che in materia di appalti la responsabilità della p.a. è oggettiva e, talvolta, prescinde anche dall'originaria adozione di un provvedimento illegittimo.

Risponde, dunque, alla necessità di esplicitare un rimedio (l'azione di rivalsa appunto) che consenta di ritrasferire almeno in parte il danno risarcito all'amministrazione sull'aggiudicatario illegittimo che, del resto, in assenza di meccanismo di rivalsa, beneficerebbe di un arricchimento ingiusto.

## Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore (art. 6)

Tale norma recepisce la sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale, che ha sancito la coesistenza di due modelli organizzativi alternativi per l'affidamento dei servizi sociali: uno fondato sulla concorrenza, l'altro sulla solidarietà e sulla sussidiarietà orizzontale.

Il secondo tipo di affidamenti (diretti) riguarda, in particolare, i servizi sociali di interesse generale erogati dagli enti del Terzo settore (ETS). Esso non rappresenta una deroga, da interpretare restrittivamente, al modello generale basato sulla concorrenza, bensì uno schema a sua volta generale da coordinare con il primo.

Il fondamento costituzionale di un tale modello si rinviene:

- nell'art. 118, comma 4 Cost., che dà attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale coinvolgendo la società civile nello svolgimento di funzioni amministrative;
- nell'art. 2 Cost., che consacra i doveri di solidarietà sociale necessari a realizzare il principio personalista su cui si fonda la nostra Costituzione.

## Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore (art. 6)

Attraverso tali principi, insomma, si vuole consentire un bilanciamento tra concorrenza e sussidiarietà orizzontale, superando la tendenza ad assicurare la prevalenza assoluta della prima sugli altri valori parimenti protetti dalla Costituzione (cfr. Corte cost. n. 218/2021, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'obbligo di esternalizzazione degli affidamenti gravante sui concessionari).

In buona sostanza, il modello proposto intende apportare benefici alla collettività in termini di efficacia, efficienza e qualità dei servizi, promuovendo la capacità di intervento dei privati, spesso più rapida di quella delle amministrazioni.

Si prevede, dunque, che gli enti affidatari dei servizi debbano essere scelti nel rispetto dei principi di non discriminazione, trasparenza ed effettività (e sempre in base al principio del risultato), attribuendo, così, portata generale a quanto già previsto dagli artt. 55 e 57 del codice del Terzo settore (d.lgs. n. 117 del 2017) e chiarendo il rapporto di non conflittualità tra le norme considerate e il Codice dei contratti pubblici.

## Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore (art. 6)

Come evidenziato dal parere n. 802 del 3 maggio 2022 del Consiglio di Stato, la norma in questione consente di superare definitivamente il rapporto di conflittualità tra il codice del Terzo settore e il codice dei contratti pubblici che era stato sottolineato dal parere n. 2052 del 20 agosto 2018.

Inoltre, la norma recepisce anche la normativa comunitaria (Considerando 28, 117 e 118 della direttiva 2014/24; art. 10, lettera h), della stessa direttiva, intitolato «Esclusioni specifiche per gli appalti di servizi»; art. 77 della direttiva citata, intitolato «Appalti riservati per determinati servizi»), e la recente giurisprudenza europea.



## Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore (art. 6)

Anche la Corte di Giustizia (Corte di giustizia dell'Unione Europea, sezione VIII, sentenza 7 luglio 2022, cause riunite C 213/21 e C 214/21, Italy Emergenza Cooperativa Sociale contro Azienda Sanitaria Locale Barletta-Andria-Trani) ha precisato che la nozione di organizzazioni o di associazioni "senza scopo di lucro" che possono beneficiare di affidamenti diretti, ai sensi dell'art. 10, lettera h), della direttiva 2014/24, deve essere **strettamente circoscritta alle organizzazioni e alle associazioni che non perseguono alcun fine di lucro e che non possono procurare alcun utile, neppure indiretto, ai loro membri**, non rientrando pertanto in siffatta nozione le cooperative sociali che, distribuendo utili ai soci, non possono definirsi "senza scopo di lucro".

Tali organizzazioni devono, insomma, avere l'obiettivo di svolgere funzioni sociali, senza finalità commerciali, reinvestendo eventuali utili al fine di raggiungere i loro obiettivi (Corte di giustizia dell'Unione Europea, sentenza 21 marzo 2019, C-465/17, punto 59).



## Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore (art. 6)

Il modello delineato dall'art. 6 è coerente, infine, con il modello del partenariato pubblico – privato di cui all'art. 5, comma 6 del Codice del 2016 (sostituito, appunto, da tale norma), fondato sulla collaborazione tra amministrazioni per la realizzazione di attività di interesse comune in mancanza di un rapporto sinallagmatico che preveda uno scambio di prestazioni.

Secondo le indicazioni della richiamata sentenza 131/2020 della Corte costituzionale, si tratta, insomma, di un modello di co-amministrazione pubblico-privato basato non sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico.

## Principio di auto-organizzazione amministrativa (art. 7)

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

- a) auto-produzione
- b) esternalizzazione
- c) cooperazione con altre pubbliche amministrazioni.

La codificazione di tale principio determina un maggiore allineamento del diritto nazionale all'ordinamento dell'Unione che pone l'autoproduzione e l'esternalizzazione su un piano di tendenziale parità, superando l'opzione fortemente restrittiva del d.lgs. n. 50/2016, sulla quale si erano appuntati i dubbi di compatibilità comunitaria di cui all'ordinanza n. 138 del 7 gennaio 2019 della Quinta Sezione del Consiglio di Stato, poi risolti, in senso negativo, da Corte di Giustizia ord. 6 febbraio 2020, in cause riunite da C-89/19 a C-91/19, Rieco S.p.a.

## Principio di auto-organizzazione amministrativa (art. 7)

Tale principio si ricollega, dunque, ai principi della fiducia e del risultato, che orienta la scelta dell'Amministrazione anche nella scelta tra mercato e autoproduzione e, coerentemente con il dettato della sentenza n. 131/2020 recupera l' "amministrazione del fare" favore di un'amministrazione che si limita, con l'obbligo di esternalizzazione, a "far fare agli altri".

Va, tuttavia, precisato che è solo tendenziale la parità tra ricorso al mercato e auto-produzione in quanto la scelta per l'affidamento *in house* deve essere sempre motivata (a differenza di quanto accade per il ricorso al mercato, che non richiede specifica motivazione).

La motivazione, a sua volta, si è semplificata (in coerenza con quanto previsto dall'art. 2) per cui, in caso di prestazioni strumentali, l'affidamento *in house* si intende sufficientemente motivato qualora l'amministrazione dia conto dei vantaggi in termini di economicità, celerità e perseguimento degli interessi strategici.

Viene, inoltre, in via generale, escluso l'obbligo di dimostrare la situazione di "fallimento del mercato" e di esporre le ragioni che giustificano il ricorso all'istituto, mentre rimane la valutazione della congruità economica dell'offerta.

## Principio di auto-organizzazione amministrativa (art. 7)

Ai sensi del comma 1 il campo di applicazione del principio di auto-organizzazione fa riferimento non solo ai lavori e ai servizi ma anche ai beni, in modo da coprire l'intero panorama dei contratti pubblici.

Il comma 2 disciplina la motivazione per il ricorso all'*in house*, chiarendo che il ricorso a tale modello gestionale è accomunato all'affidamento mediante il ricorso al mercato dall'applicazione dei medesimi principi indicati agli artt. 1, 2 e 3 (principio del risultato, principio della fiducia, principio dell'accesso al mercato).

## Principio di auto-organizzazione amministrativa (art. 7)

A seconda dell'oggetto del contratto sono previsti diversi livelli di complessità della motivazione:

- i) per i servizi all'utenza è necessario che vengano evidenziati i vantaggi per la collettività sotto il profilo della qualità e universalità del servizio, oltre che del risparmio di tempo e del razionale impiego (in un'ottica non solo di minore spesa ma di spesa efficiente) delle risorse;
- ii) per i servizi strumentali alla pubblica amministrazione è sufficiente una motivazione più snella con riferimento alla riduzione di tempi e costi sulla base di parametri predeterminati e oggettivi di raffronto, sul modello dell'art. 10 d.l. 31 maggio 2021 n. 77 relativo alle convenzioni aventi ad oggetto il supporto tecnico operativo delle società *in house*, in linea con quanto previsto dal d.l. n. 77 del 2021 rispetto agli standard della società Consip S.p.a..



## Principio di auto-organizzazione amministrativa (art. 7)

Il comma 3 contiene, invece, un coordinamento con il decreto legislativo attuativo della delega di cui all'art. 8 della legge 5 agosto 2022, n. 118, cui è demandata la disciplina dell'affidamento *in house* dei servizi di interesse economico generale di livello locale.

Il comma 4, infine, disciplina gli accordi tra pubbliche amministrazioni per lo svolgimento in comune di compiti di interesse pubblico, semplificando la previsione dell'art. 5, comma 6, del d.lgs. 50 del 2016, rispetto al quale tiene conto dell'elaborazione giurisprudenziale nazionale e sovranazionale, che ha subordinato la cooperazione tra amministrazioni tramite accordi (che possono essere conclusi senza gara) alle condizioni indicate nel nuovo articolato.

Dunque, le amministrazioni che partecipano all'accordo possono avere competenze diverse e perseguire finalità pubbliche diverse, purché la reciproca collaborazione consenta a ciascuna di realizzare il proprio obiettivo, sulla base di un elemento determinante che è l'assenza di una logica di scambio a favore, invece, dello svolgimento in comune di attività dirette a soddisfare interessi pubblici, anche non coincidenti ma rientranti nella missione istituzionale di ciascuna amministrazione partecipante all'accordo.



## Principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito (art. 8)

Il comma 1 di tale norma sancisce il principio di autonomia contrattuale, recependo una costante giurisprudenza (cfr. Cass. Sez. Un. 12 maggio 2008, n. 11656) che riconosce alla pubblica amministrazione una generale capacità negoziale, salvo i divieti previsti dalla legge, non estendendosi, ormai, il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi anche ai contratti, per i quali vige l'opposto principio di atipicità (art. 1322 c.c.).

Si ribadisce, in tal modo, il principio di tassatività della limitazione della capacità negoziale, richiedendosi una esplicita previsione di legge.

## Principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito (art. 8)

Il comma 2, invece, dà attuazione al criterio direttivo della lettera l) “divieto di prestazione gratuita dell'attività

professionale, salvo che in casi eccezionali e previa motivazione”, riferendolo solo alle “prestazioni d'opera intellettuale” di cui agli articoli 2229 e seguenti del codice civile, per le quali deve operare la regola dell'equo compenso ai sensi dell'art. 2233 c.c.

Per il resto si ribadisce, invece, la generale ammissibilità dei contratti gratuiti con la p.a. che non abbiano ad oggetto prestazioni intellettuali.

Infatti, sarebbe di dubbia costituzionalità oltre che di dichiarata incompatibilità col diritto dell'Unione, una generalizzata esclusione del contratto gratuito, specie se economicamente interessato, essendo stato affermato dalla Corte di Giustizia UE (10 settembre 2020, n. 367) che sono contratti a titolo oneroso ai sensi della disciplina degli appalti europei anche quelli privi di corrispettivo di carattere puramente finanziario.

Con riferimento agli avvocati già esiste una disposizione che garantisce l'equo compenso (art. 13-bis della legge 31 dicembre 2012, n. 247, introdotto dall'art. 19-quaterdecies d.l. 16 ottobre 2017, n. 148).

## Principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito (art. 8)

Il comma 3 introduce, in maniera innovativa, una disciplina relativa alle donazioni, cioè i contratti animati da spirito di liberalità e privi di interesse economico, anche indiretto, da parte del donante.

In tal modo si conferisce una regolamentazione agli atti di mecenatismo che incrementano il patrimonio del soggetto pubblico, spesso sotto il profilo storico, culturale e artistico (ad es. la donazione di un bene di valore artistico da parte di una persona fisica o giuridica).

La differenza con i contratti a titolo gratuito (es. sponsorizzazioni) disciplinati all'articolo 13, commi 2 e 5, del codice è data dall'assenza di qualunque interesse economico che giustifica l'esenzione dall'obbligo di gara per la selezione del contraente, che sarebbe, del resto, incompatibile con la natura liberale dell'atto.

## Principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito (art. 8)

Come tutti i soggetti del diritto (salvo incapacità giuridiche speciali), l'amministrazione ha la capacità giuridica di ricevere per atto di liberalità, con la sola condizione aggiuntiva, rispetto agli altri soggetti del diritto, che per l'accettazione è necessaria la previa valutazione che l'acquisizione del bene o della prestazione sia conforme all'interesse pubblico perseguito o, comunque, all'interesse della collettività.

Pertanto, gli effetti negoziali dell'atto devono tradursi in un effettivo arricchimento della sfera patrimoniale o non patrimoniale (artistica, culturale ecc.) del donatario/ricevente, escludendosi donazioni o atti di liberalità posti in essere dal donante/disponente al solo scopo di liberarsi da oneri di manutenzione di beni immobili privi di qualunque utilità o valore, traslandoli sul donatario.

## Principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito (art. 8)

Nel caso di donazioni non è richiesta alcuna procedura di selezione del contraente, proprio perché manca un interesse economico.

La natura pubblica del donatario non sottrae gli atti in questione alla disciplina del codice civile in materia di donazione, ivi compresa la revocazione (l'unica ipotesi di revocazione compatibile con la natura del donatario è quella per sopravvenienza di figli di cui all'art 803 c.c) e l'azione di riduzione dei legittimari.

## Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9)

La disposizione in esame introduce una significativa innovazione attraverso la quale si è inteso codificare una disciplina generale da applicare per la gestione delle sopravvenienze straordinarie e imprevedibili considerate dalla disposizione, tali da determinare una sostanziale alternazione nell'equilibrio contrattuale, con effetti resi di recente drammaticamente evidenti dalla congiuntura economica e sociale segnata dalla pandemia e dal conflitto in Ucraina.

La norma regola il fenomeno identificato nella prassi internazionale con il termine *hardship* ovvero della eccessiva onerosità sopravvenuta da tempo oggetto di considerazione nella regolazione dei rapporti privati internazionali.



## Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9)

Si intende, dunque, disciplinare le sopravvenienze che possono verificarsi nel corso dell'esecuzione del contratto, alterandone l'equilibrio originario o facendo venir meno, in parte o temporaneamente, interesse del creditore alla prestazione.

In ragione di tale finalità, si introduce un rimedio manutentivo del contratto, maggiormente conforme all'interesse dei contraenti – e dell'amministrazione in particolare – in considerazione dell'inadeguatezza della tutela meramente demolitoria apprestata dall'art. 1467 c.c.

## Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9)

Al comma 1 vengono definite le sopravvenienze rilevanti ai fini dell'applicazione della norma e viene sancito il diritto alla rinegoziazione della parte svantaggiata al quale, dunque, corrisponde un obbligo della controparte.

La disposizione fa riferimento ad eventi che integrano determinati requisiti:

- deve trattarsi di eventi straordinari e imprevedibili;
- i rischi concretizzati da tali eventi non devono essere stati volontariamente assunti dalla parte pregiudicata dagli stessi;
- tali eventi devono determinare una alterazione rilevante dell'originario equilibrio del contratto e non devono essere riconducibili alla normale alea, alla ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato.

Le sopravvenienze da cui sorge il diritto alla rinegoziazione, oltre che sopravvenute e imprevedibili, devono essere estranee anche al normale ciclo economico, integrando uno shock esogeno eccezionale e imprevedibile. Dunque, la disposizione deve essere interpretata restrittivamente per cui il rilevante squilibrio tra le prestazioni deve essere valutato alla luce delle concrete circostanze e dello specifico contenuto negoziale.

## Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9)

Inoltre, è necessario che tali rischi non siano stati volontariamente assunti dalla parte, sebbene non sia necessaria una assunzione espressa.

Solo ove risultino integrati tutti i requisiti indicati nel primo comma della disposizione viene riconosciuto alla parte svantaggiata, sulla quale grava, conformemente alle regole generali, l'onere di fornire i relativi elementi a comprova, il diritto alla rinegoziazione.

Tale diritto deve essere esercitato dalla parte svantaggiata conformandosi al generale principio di buona fede, con un contegno che dovrà essere riguardato anche nella considerazione della particolare qualificazione dei soggetti interessati, sia che si tratti degli operatori economici sia che si tratti della parte pubblica.

## Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9)

Quanto agli oneri discendenti dall'obbligo di rinegoziazione, è chiarito che la rinegoziazione non altera il finanziamento complessivo dell'opera, perché è ammessa nei limiti dello stanziamento di bilancio originario.

Dunque, l'articolo è in linea con la clausola di invarianza finanziaria contenuta nella legge delega, in quanto il reperimento delle risorse avviene nell'ambito del quadro economico e, dunque, nei limiti degli stanziamenti previsti dalla legislazione vigente.

## Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9)

Il comma 2 della disposizione specifica, per le ragioni sopra esposte, che la rinegoziazione ha l'esclusiva finalità di ripristinare l'originario equilibrio del contratto, avuto riguardo al complesso degli atti alla base della costituzione del rapporto considerando, quindi, anche il bando e il provvedimento di aggiudicazione.

In tal modo si circoscrive la libertà dei contraenti: l'accordo di rinegoziazione non solo deve avere ad oggetto il mero ripristino dell'equilibrio contrattuale originario, ma deve essere precipuamente volto a non alterarne la sostanza economica, in modo da evitare un'elusione delle regole della procedura ad evidenza pubblica.

## Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9)

Il comma 3 disciplina l'ipotesi in cui le sopravvenienze incidano non sul generale equilibrio del contratto, ma sull'utilità o utilizzabilità della prestazione per la parte creditrice, come accaduto nella fase pandemica che ha determinato l'inutilizzabilità per un lungo periodo dei locali commerciali oggetto di locazione, rendendo sostanzialmente inutile la prestazione resa dal locatore. In tal caso la sopravvenienza rende la prestazione inadatta a soddisfare l'interesse del creditore ex art. 1174 c.c. e legittima una proporzionale riduzione del prezzo secondo le regole dell'impossibilità sopravvenuta parziale del contratto ai sensi dell'art. 1464 c.c. Anche in tale ipotesi viene privilegiato il rimedio manutentivo su quello demolitorio.

Infine, il comma 4 della disposizione incentiva la gestione negoziale delle sopravvenienze attraverso la previsione delle clausole di rinegoziazione, soprattutto laddove la durata del contratto o altre circostanze, quali il contesto economico, lo rendano opportuno.



## Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione (art. 10)

Il comma 1 di tale norma, che prevede che «*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*», fissa principi di valenza generale che recepiscono gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza, in linea anche con altre codificazioni europee.

Il comma 2 cristallizza il principio della tassatività delle cause di esclusione, da un lato indicando la preferenza per riordinare e codificare tutti i motivi di esclusione, in coerenza con i principi di qualità della regolazione e coerenza sistematica.

Dall'altro lato, comportando – con valenza precettiva e non programmatica – il divieto di introdurre cause di esclusione con fonte regolamentare o con la *lex specialis* del bando di gara.

## Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione (art. 10)

Accanto al principio di tassatività si trova quello di eterointegrazione dei bandi e delle lettere di invito, alla luce delle riflessioni emerse nell'elaborazione giurisprudenziale; pertanto, la violazione di un precetto previsto da una norma imperativa che impone un determinato onere ai partecipanti alla gara, non può che determinare l'esclusione, anche laddove il bando di gara abbia ommesso di menzionare la necessità di produrre dichiarazioni o allegazioni "a pena di esclusione".

È necessario, infatti, che i requisiti indicati e previsti dalle norme imperative siano osservati dal concorrente a prescindere da una espressa previsione contenuta nel bando di gara, poiché essi hanno la funzione fondamentale di soddisfare l'interesse pubblico a che le prestazioni siano rese da soggetti adeguatamente qualificati.

## Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione (art. 10)

A completamento, le previsioni a presidio del principio della tassatività delle cause di esclusione, imponendosi la nullità delle “clausole ulteriori” di esclusione che si pongano in contrasto con le cause previste dalla legge e con il connesso divieto per le stazioni appaltanti di introdurre cause di esclusioni ulteriori.

Le clausole nulle “si considerano non apposte”, in tal modo chiarendo che trattasi di una nullità parziale limitata alla clausola e che non si estende all’intero atto (sulla base di quanto sostenuto dall’Adunanza Plenaria, sent. n. 22 del 2020).

## Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione (art. 10)

Il comma 3, invece, sistematizza i criteri di selezione di cui all'art. 58 della Direttiva 24, che determinano l'esclusione dalla gara per mancanza di capacità.

Si considerano, in questo caso, i criteri di selezione che le stazioni appaltanti sono legittimate ad introdurre, limitatamente ai requisiti speciali di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, alle condizioni indicate.

La previsione ricalca quanto previsto dall'art. 83, comma 2 del d.lgs. n. 50 del 2016, distinguendo tra i requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, laddove necessari, e i requisiti speciali di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale.

Si introduce, altresì, un *favor* per l'accesso al mercato e per la possibilità di crescita delle PMI, compatibilmente con l'oggetto del contratto e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica.

## Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti (art. 11)

Con tale norma si dà attuazione e si valorizza la previsione dell'art. 1, comma 2, lettera h), n. 2, della legge delega («garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare»), abbandonando l'idea di una funzione meramente promozionale e incentivante, nei confronti degli operatori economici, delle norme sulle clausole sociali nella disciplina dei contratti pubblici, mirando a conseguire un effettivo risultato applicativo con norme maggiormente pregnanti e vincolanti.



## Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti (art. 11)

Nel codice del 2016 il tema è considerato nella fase iniziale della progettazione e della emanazione del bando (art. 23, comma 16), nella successiva fase di valutazione delle offerte [art. 95, comma 10, e 97, comma 5, lettera d)] in cui è assunta la decisione di esclusione o di aggiudicazione, e infine nella fase esecutiva dell'appalto (art. 30, comma 4). Tale norma, in particolare, ha cambiato il punto di riferimento per la scelta del CCNL applicabile: non più l'attività prevalente esercitata dall'impresa (come si è sempre sostenuto sulla base dell'art. 2070 del cod. civ.), ma le prestazioni oggetto dell'appalto da eseguire ed ha espressamente previsto il criterio di selezione del CCNL da scegliere tra quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (i c.d. contratti leader).

È rimasta, tuttavia, aperta la questione, altrettanto centrale, della possibile sovrapposizione tra settori di attività e quindi della possibile applicabilità di più contratti collettivi conformi, con ambiti di applicazione compatibili con l'attività oggetto dell'appalto.



## Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti (art. 11)

L'art. 11 *de quo*, compie un ulteriore passo in questa direzione, restringendo anche le ipotesi in cui, per la frammentazione dei contratti collettivi nell'ambito del medesimo settore, l'operatore economico finisca con l'optare per un CCNL che non garantisce al lavoratore le migliori tutele sotto il profilo normativo ed economico.

La previsione non pare in contrasto con l'art. 39 Cost. in quanto non è diretta a estendere *ex lege* ed *erga omnes* l'efficacia del contratto collettivo, ma si limita a indicare le condizioni contrattuali che l'aggiudicatario deve applicare al personale impiegato, qualora, sulla base di una propria e autonoma scelta imprenditoriale, intenda conseguire l'appalto pubblico, restando libero di applicare condizioni contrattuali diverse nello svolgimento dell'attività imprenditoriale diversa; e restando libero di accettare o meno la clausola dell'appalto pubblico oggetto dell'aggiudicazione (accettando, quindi, anche l'esclusione dalla procedura).

## Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti (art. 11)

Per gli stessi motivi è una disposizione compatibile anche rispetto all'art. 41 Cost., tenuto conto altresì che la libera iniziativa economica “non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale”. Infatti, consentire alla p.a. la scelta di indicare il CCNL applicabile alle prestazioni oggetto di gara sembra trovare giustificazione proprio sotto questo profilo (Art. 41, secondo comma, Cost.).

## Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti (art. 11)

Segnatamente:

- il comma 1 prevede come previsione generale l'obbligo di applicare il contratto collettivo nazionale di lavoro in vigore per il settore e per la zona alla quale si eseguono le prestazioni oggetto del contratto;
- il comma 2, per esigenze di certezza, prevede che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano già nel bando o nell'invito alla gara il contratto collettivo applicabile, in conformità a quanto previsto nel comma 1;
- il comma 3, ispirato alla tutela della libertà di iniziativa economica, consente comunque agli operatori economici di indicare nella propria offerta il differente contratto che essi applicano, purché però assicurati le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente;
- il comma 4 impone all'operatore economico di presentare prima dell'aggiudicazione o dell'affidamento un'ulteriore dichiarazione con la quale si impegna ad applicare il contratto collettivo indicato per tutta la durata del contratto ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele;
- il comma 5 stabilisce che le medesime tutele normative ed economiche siano assicurate anche ai lavoratori in

Subappalto;

- il comma 6 disciplina l'intervento sostitutivo della stazione appaltante nel caso di inadempienze contributive o retributive dell'impresa affidataria o del subappaltatore, nel vecchio codice previsto nei commi 5 e 6 dell'articolo 30.

## Rinvio esterno (art. 12)

L'art. 12 contiene un duplice rinvio esterno che opera in assenza di una diversa espressa previsione contenuta nel codice: da un lato, il rinvio è alla legge n. 241 del 1990 per quanto riguarda la disciplina della procedura di affidamento e di tutte le altre attività amministrative in materia di appalti; dall'altro lato, si rinvia al codice civile, per quanto riguarda la stipula e l'esecuzione del contratto.