

Seminario

“IL CORRETTIVO DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI”

DECRETO LEGISLATIVO 19 APRILE 2017, N. 56.

***DISPOSIZIONI INTEGRATIVE E CORRETTIVE AL DECRETO LEGISLATIVO 18
APRILE 2016, N. 50.***

**PARTECIPAZIONE E SVOLGIMENTO DELLE PROCEDURE DI
AGGIUDICAZIONE**

Breve Cronistoria ...

- ❖ Il «Codice» di cui al Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 prima rubricato
“Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”
..... diventa più semplicemente
“Codice dei contratti pubblici”.
- ❖ Il testo del decreto legislativo, costituito da 220 articoli, e 153.000 parole (contro 115 articoli e 10.000 parole della L. 2248/1865):
 - entrò **in vigore** il giorno stesso della pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale (salvo interpretazione del MIT «riparatoria» che spostò l’entrata in vigore al **20 aprile**),
 - già **a luglio** (cfr. GU n. 164/2016) fu necessario un avviso di **rettifica di ben 8 pagine in cui erano inserite CIRCA 170 CORREZIONI** che modificavano circa 100 articoli pari al 44% dell'articolato.

... fino al correttivo

- ❖ Le modifiche successivamente sono state inserite da:
 - L. 232/2016 recante "**Bilancio** di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2017 e bilancio pluriennale per il triennio 2017-2019"
 - D.L. 244/2016 recante "**Proroga e definizione di termini**" convertito con modificazioni dalla L. 19/2017.
 - l'attesissimo **DECRETO CORRETTIVO D.LGS. 19 APRILE 2017, N. 56** (GU Serie Generale n. 103 del 5-5-2017 - Suppl. Ordinario n. 22) composto da:
 - ✓ **131 articoli,**
 - ✓ **circa 400 modifiche,**
 - ✓ **130 articoli del Codice modificati e uno nuovo introdotto.**

❖ Tra errata corrige e correttivo al codice sono **QUASI 570 CORREZIONI PER 220 ARTICOLI!**

escludendo la cd. «manovrina»

- ❖ Con la Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50 arrivano ulteriori modifiche al Codice:
 - con l'**articolo 211** (anche, se in maniera più ammorbidita) ritornano all'ANAC i poteri tolti dal correttivo con l'abrogazione del previgente comma 2, ossia:
 - ✓ **1-bis.** L'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi SA.
 - ✓ **1-ter.** L'ANAC, se ritiene che una SA abbia adottato un provvedimento illegittimo, emette (max 60gg) un parere motivato, che la SA può impugnare (max 30gg), innanzi al giudice amministrativo.
 - ✓ **1-quater.** L'ANAC con proprio regolamento individua i casi nei quali esercita i suddetti poteri .
 - all'**articolo 213 comma 1** si prevede che l'ANAC autoregolamenta organizzazione, funzionamento e ordinamento giuridico del proprio personale, il cui trattamento economico non può eccedere quello già definito in attuazione del DPCM 1º febbraio 2016.

CONTRATTI DI APPALTO PER LAVORI, SERVIZI E FORNITURE

PIANIFICAZIONE E PROGRAMMAZIONE

Semplificazione nella programmazione

- ❖ Il **PROGETTO DI FATTIBILITÀ**, pur salvaguardando qualità della progettazione, **può essere redatto in 2 fasi successive** di elaborazione, per aiutare la PA a ripartire l'impegno economico nella programmazione.
- ❖ La prima fase è costituita dal **documento di fattibilità delle alternative progettuali** è utilizzato nei seguenti casi di:

➤ **programmazione triennale dei lavori pubblici**

Il **documento di fattibilità delle alternative progettuali**:

- delinea l'opera sotto i **profili tecnico funzionale** ed **economico finanziario**, nonché gli **aspetti sociali, ambientali**, ecc.
- evidenzia le **differenze che intercorrono tra le varie soluzioni**, con i relativi punti di forza e di debolezza,
- può riguardare: la **localizzazione** e la **caratterizzazione** dell'opera.

- ❖ La stessa **semplificazione** si applica anche a:

➤ **concorsi di progettazione e di idee,**
➤ **procedure di dibattito pubblico.**

Semplificazione della progettazione

- ❖ Nell'appalto integrato la **VERIFICA della progettazione** è effettuata
 - **prima dell'approvazione** di ciascun livello di progettazione e
 - dell'inizio **dei lavori**.
- ❖ Gli **Enti gestori delle “interferenze”** forniscono un:
 - a) **parere sulla nuova opera;**
 - b) **cronoprogramma della RISOLUZIONE DELLE INTERFERENZE**, con responsabilità patrimoniale per i danni subiti dal soggetto aggiudicatore per ritardo avvio/anomalo andamento dei lavori;
 - c) **progetto di risoluzione delle interferenze** (a spese dell'aggiudicatore).
- ❖ Nella **RIASSEGNAZIONE DI APPALTI revocati** è possibile recuperare (massimo nei 5 anni precedenti) i **pareri già ottenuti sul progetto**.
 - Il RUP attesta il mancata sopravvenienza di variazioni nel progetto e nella regolamentazione.

Regolamento programma triennale ll.pp.

- ❖ Il **MIT** con DM (art.21, 8), *recante procedure e schemi tipo per la redazione e la pubblicazione del programma triennale dei lavori pubblici* degli acquisti, fissa:
 1. modalità di **aggiornamento dei programmi** e degli **elenchi annuali**;
 2. criteri per la definizione degli **ordini di priorità**, per l'eventuale suddivisione in **lotti funzionali** e la loro **modifica successiva**;
 3. criteri/modalità per favorire il **completamento delle opere incomplete**;
 4. criteri per l'**inclusione dei lavori nel programma** e **livello di progettazione** minimo richiesto per tipologia e classe di importo;
 5. **schemi tipo** e informazioni minime che essi devono contenere;
 6. **raccordo con la pianificazione di soggetti aggregatori e centrali di committenza**.
- ❖ Sulla GU n. 147/2017 è stata **pubblicata la delibera CIPE 24/2017** recante *“Parere sullo schema di decreto [...]»* in esame su cui si era già pronunciato il **C.d.S. (parere 351/2017)**, chiedendo la previsione di una **verifica sul conseguimento degli obiettivi della programmazione**.

CONTRATTI DI APPALTO PER LAVORI, SERVIZI E FORNITURE

PROGETTAZIONE, RUP E COMMISSARI DI GARA

Atti di semplificazione

❖ In materia di **ARCHEOLOGIA PREVENTIVA**:

1. vengono nuovamente previste (art. 25, 13) le **Linee guida per l'archeologia preventiva**, da adottare con **DPCM entro il 31/12/2017** per accelerare la verifica dell'interesse archeologico.

*NB: Si tratta di uno strumento che **garantisce la certezza di tempi e costi** di realizzazione delle opere, riducendo il rischio di rinvenimenti archeologici o varianti in corso d'opera.*

2. in caso di ritardi ritenuti eccessivi, per opere e insediamenti di grande impatto, le SA possono attivare le **procedure previste dal decreto «sblocca opere»** per dimezzare i tempi (art. 4, L. 124/2015) .

❖ Il MIT, su proposta del Consiglio superiore ll.pp., oltre al decreto sui livelli della progettazione (art. 23), adotta apposite linee guida per la **PROGETTAZIONE SEMPLIFICATA** degli interventi di manutenzione ordinaria fino a un importo di **2.500.000 euro**.

NB: il Codice del 18 aprile prevedeva anche per i lavori minori lo stesso progetto esecutivo, senza considerare le scarse risorse degli Enti locali.

Definizione delle manutenzioni

Fermo restando quanto previsto dal DPR n. 380/2001, Testo unico in materia edilizia e dal D.LGS 42/2004, Codice beni culturali, sono:

Manutenzione ordinaria

Le opere di

- **RIPARAZIONE**,
- **RINNOVAMENTO** e
- **SOSTITUZIONE** per
 1. **eliminare il degrado** di manufatti e pertinenze,
 2. **conservarne lo stato e la fruibilità** di componenti, impianti e opere connesse,
 3. **mantenerle** in condizioni di **valido funzionamento e di sicurezza**,
- *senza modificarne la consistenza,*
- *tutelandone valore/funzionalità.*

Manutenzione straordinaria

Le opere e le modifiche necessarie per

- **RINNOVARE** e
- **SOSTITUIRE parti anche strutturali** per
 1. **adeguarne le componenti**,
 2. **rimediare al rilevante degrado** con perdita di caratteristiche
 - **strutturali**,
 - **tecnologiche e impiantistiche**,
 3. **migliorare**
 - *prestazioni*,
 - *caratteristiche strutturali, energetiche e di efficienza*,
 4. **incrementare il valore del bene e la sua funzionalità**

Appalto integrato

❖ TRANSITORIO

- Fino alla data di entrata in vigore del decreto,
 - i contratti di lavori di **manutenzione ordinaria** possono essere affidati sulla base del progetto definitivo (216,4).
 - si può prescindere dal progetto esecutivo, qualora si tratti di **lavori di manutenzione** (straordinaria?), **che NON prevedono il rinnovo o la sostituzione di parti strutturali delle opere** (216,4).
- Fino a 12 mesi (20/5/2018) potranno essere mandati in gara i progetti definitivi approvati entro il 19 aprile 2016 (216,4-bis).

❖ GIA' A REGIME

- L'appalto integrato è previsto anche nei casi di appalti:
 1. con **elevato contenuto tecnologico** (art. 59, 1bis, 1ter).
 2. aventi ad oggetto i **beni culturali** (147, 4 e futuro DM MiBACT).

NB: nel corso della stesura definitiva è **scomparso il ricorso all'appalto integrato per lavori urgenti** (art. 59, 1).

Appalti a contenuto tecnologico

- ❖ L'**IMPRESA DI COSTRUZIONE** può partecipare sul **progetto definitivo** per gli **appalti a prevalente contenuto tecnologico**
 - la prevalenza è **valutata rispetto all'importo complessivo** dei lavori,
 - la scelta motivata nella **determina a contrarre** che evidenzia:
 - ✓ la **rilevanza dei presupposti tecnici** e
 - ✓ l'**incidenza sui tempi di realizzazione rispetto all'affidamento separato di progettazione e lavori** (art. 59, 1bis e 1ter).

Nel codice, artt. :

- **89, co.11.** Non è ammesso l'**avvalimento** qualora [...] (i) lavori rientrano opere per le quali sono necessari lavori o componenti di **notevole contenuto tecnologico** o di **rilevante complessità tecnica (SIOS)**,
- **95, co.5.** Può essere utilizzato il criterio del **minor prezzo** per i **servizi e le forniture** di importo [...] pari o superiore a 40.000 euro e sino alla soglia [...], fatta eccezione per quelli di **notevole contenuto tecnologico** o che hanno un carattere innovativo.

Progetto e progettista

- ❖ Su proposta del Consiglio superiore dei lavori pubblici, diventa **obbligatorio**, per le SA, **utilizzare le tabelle dei corrispettivi** approvate con il D. Min. Giustizia 17/06/2016 (cfr. Il. gg. ANAC n.1/2016 e futuro decreto MIT).
- ❖ Le **tutele economiche per i progettisti** comportano per la SA :
 - **obbligo** di **pagare i professionisti**, a prescindere dal finanziamento;
 - **divieto** di **sostituire il corrispettivo con forme di sponsorizzazione o di rimborso** (ad eccezione dei beni culturali).

NB: si evidenzia in proposito che:

1. *nella versione definitiva del correttivo è **venuta meno l'iscrizione all'Albo professionale per i progettisti interni alla PA,***
2. *con DM il MIT (art. 23, co. 13) fisserà la **progressiva introduzione dell'obbligatorietà del BIM** (le bozze del DM: 100 mln di euro, nel 2019).*
3. *con le **Il. gg. sul RUP**, l'ANAC ha definito importo massimo e tipologia di contratti per i quali il **RUP può coincidere con il progettista**, con il direttore dei lavori o con il direttore dell'esecuzione,*

LL.GG. RUP

- ❖ L'Anac ha messo in **consultazione** il **nuovo testo delle linee guida n. 3** sul Responsabile unico del procedimento (RUP), ove si chiarisce che questo:
 1. formula **proposte** e fornisce **dati utili** alla **predisposizione del programma triennale** dei ll.gg. e dei relativi aggiornamenti annuali,
 2. laddove **partecipa alla progettazione, non può** effettuare la **verifica** dei progetti né la loro **validazione**,
 3. si avvale del **supporto dei dipendenti** della SA e, solo in mancanza di dipendenti idonei, può essere nominato un professionista esterno.
- ❖ Modificati i **requisiti formativi** e professionali (titolo ed esperienza) del RUP:
 - nei lavori **<150mila euro** possono essere nominati come RUP: diplomati e laureati in materie tecniche, anche i **laureati in materie giuridiche**.
 - le Amministrazioni hanno l'**obbligo di formare nuovi RUP**.

NB: L'obbligo di possedere la qualifica di project manager viene rinviato al momento in cui entrerà in vigore il nuovo sistema di qualificazione delle SA. Sarà questa norma a spiegare i percorsi formativi che il RUP dovrà seguire.

Commissioni di gara

- ❖ In accoglimento alle richieste ANAC (atto segnalazione n. 1191/2016) sono modificati gli artt. 77 e 78 del Codice, pertanto
- per i lavori di importo **inferiore a 1 milione di euro**, nonché
 - per quelli che **non presentano particolari difficoltà**, e
 - per i contratti di **servizi e di forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie**.



la **SA** può **NOMINARE**

- **alcuni componenti** interni
- **non il presidente** che dovrà invece essere **nominato tra gli esperti iscritti all'albo tenuto dall'ANAC**, fermo restando il rispetto del principio di rotazione.

*Nella bozza di nuove ll.gg. ANAC n.5 è previsto che anche nei contratti di elevato contenuto scientifico e tecnologico, la SA può **comunque scegliere i commissari tra gli esperti interni previo accordo con l'ANAC**.*

CONTRATTI DI APPALTO PER LAVORI, SERVIZI E FORNITURE

I CONTRATTI SOTTO SOGLIA E SOMMA URGENZA

Contratti di lavori sotto soglia

Importo (€)	Modalità di affidamento
< 40.000	Affidamento diretto, adeguatamente motivato , anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o in amministrazione diretta
≥ 40.000 <150.000	Procedura negoziata , previa consultazione, ove esistenti, di almeno 5 10 OE individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di OE, con rotazione degli inviti. In amministrazione diretta (per acquisto e noleggio di mezzi la procedura è la negoziata previa consultazione).
≥ 150.000 < 1 milione	Procedura negoziata , con consultazione di almeno 10 15 OE con rotazione degli inviti, individuati tramite indagini di mercato o elenchi di OE (per tutti i lavori)
≥ 1 milione	Affidamento mediante procedure ordinarie

NB: Principio di **ROTAZIONE** degli inviti e **DEGLI AFFIDAMENTI** e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle MPMI.

Sempre sotto soglia ...

- ❖ Nelle **ll.gg. ANAC** devono essere indicati i **criteri di rotazione** degli inviti e degli affidamenti e una **guida alla verifica dei requisiti**.
- ❖ Nel caso di **PROCEDURE NEGOZiate**, viene previsto che **la verifica avviene solo sull'aggiudicatario**, rimanendo comunque **facoltà della stazione appaltante di estendere la verifica** anche agli altri partecipanti.
- ❖ Le SA devono **verificare il possesso dei requisiti economici e finanziari e tecnico professionali**, se richiesti nella lettera di invito.
- ❖ nei **MERCATI ELETTRONICI** la **verifica è effettuata su un campione** significativo ed è svolta in fase di ammissione e di permanenza dal soggetto responsabile dell'ammissione al mercato elettronico.

*NB: è previsto il **divieto di porre a carico aggiudicatario i costi piattaforme elettroniche** (e centrali committenza?) ex art. 41, co. 2bis*

Opere di urbanizzazione

- ❖ Per gli interventi di realizzazione di OU «a scomputo» (art. 36) è prevista:
 - per le **CONVENZIONI STIPULATE ANTE NUOVO CODICE**
 - ✓ l'applicazione delle regole previgenti (art. 216, 27quater).
 - NB: nelle opere secondarie sotto soglia si applica l'art. 122, co. 8 del D.lgs. 163/2006 e cioè la procedura negoziata con invito a 5 imprese*
 - per le **CONVENZIONI STIPULATE POST NUOVO CODICE**, possibilità di affidare le OU secondaria sotto soglia di valore **FINO AD 1 MLN DI EURO** (art. 36, comma 3) con:
 - ✓ **affidamento diretto** (opere di imp. < 40K €);
 - ✓ **procedura negoziata** consultando **≥ 10 OE**, (imp. ≥ 40K < 150K €);
 - ✓ **procedura negoziata** consultando **≥ 15 OE**, (imp. ≥ 150K < 1 mln €).
- ❖ Inoltre:
 - **eliminato dell'obbligo di qualificazione dei privati come SA** (art. 38, 10) ;
 - **deroga** al divieto di **appalto integrato** (art. 59, 1).
 - il **valore delle OU primarie** tiene conto di **tutti i lotti** (art. 36, comma 4).

Somma urgenza e protezione civile

❖ I lavori eseguiti ex art. 163 in **CIRCOSTANZE DI SOMMA URGENZA** :

1. potranno essere realizzati

- ✓ per rimuovere lo stato di pregiudizio non solo alla **pubblica incolumità**, ma anche alla **sicurezza privata**.
- ✓ **non solo per calamità naturali, catastrofi o altri eventi**, ma anche in caso di **eventi connessi con l'attività dell'uomo**, che richiedano il coordinamento di più enti/amministrazioni competenti in via ordinaria.

2. possibile **utilizzare l'autocertificazione per dichiarare il possesso dei requisiti** (anche nei casi di procedura negoziata per interventi di protezione civile). Se i successivi controlli sono negativi, la SA:

- ✓ **recede dal contratto,**
- ✓ **paga il valore delle opere già eseguite,**
- ✓ **rimborsa le spese** eventualmente già sostenute per l'esecuzione della parte rimanente, nei limiti delle utilità conseguite,
- ✓ **segnala i fatti alle competenti Autorità.**

Se sono positivi può pagare l'OE.

CONTRATTI DI APPALTO PER LAVORI, SERVIZI E FORNITURE

CONSORZI E RTI

Consorzi stabili

- ❖ I **CONSORZI STABILI** e i **CONSORZI STABILI** di **SOCIETÀ DI PROFESSIONISTI** e di **SOCIETÀ DI INGEGNERIA**, al fine della qualificazione, utilizzano:
 - i **requisiti** di qualificazione **maturati in proprio**,
 - quelli **posseduti dalle singole imprese** consorziate designate,
 - mediante avalimento, quelli delle **singole imprese consorziate non designate**.

Con le ll.gg. ANAC (*reitus* DM MIT) sono stabiliti, ai fini SOA , i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite a consorzio e consorziati.

- ❖ I **CONSORZI STABILI** e i consorzi di cooperative di produzione e lavoro, possono affidare l'esecuzione dei lavori ad un'**impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara** (nuovo art. 48, co. 7-bis), se:
 - ✓ sia **giustificato** dalle ragioni indicate ai co. 17, 18 e 19 per RTI e consorzi ordinari;
 - ✓ dipende da **fatti o atti sopravvenuti**;
 - ✓ e **non** sia finalizzata all'**elusione della mancanza di un requisito** di partecipazione alla gara in capo all'impresa consorziata.

Concorrenti plurisoggettivi

- ❖ Per i soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere d) i **raggruppamenti temporanei di concorrenti**;
e) i **consorzi ordinari di concorrenti**;
f) le **aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete** ;
g) i soggetti di cui al **gruppo europeo di interesse economico** (GEIE),
 - nel bando sono indicate le eventuali **misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli** concorrenti partecipanti.
 - la **mandataria** in ogni caso deve **possedere i requisiti** ed **eseguire** le prestazioni **in misura maggioritaria**.

*NB: Nel quadro normativo previgente l'ATI di tipo orizzontale è costituita da una mandataria e da alcune mandanti in possesso di qualificazione per la categoria prevalente e per classifica rispettivamente nella **misura minima pari al 40% (mandataria) 10% (mandanti)**, senza limiti sulle quote di esecuzione.*

- ❖ Anche **nel caso di lavori** (come in forniture o servizi) devono essere specificate nell'offerta **le categorie di lavori** che saranno eseguite dai singoli OE riuniti o consorziati.

Perdita requisiti mandataria

- ❖ La SA **deve RECEDERE DAL CONTRATTO (non vi è più facoltà)**, in caso non vi sia la possibilità di proseguire il rapporto altro **MANDATARIO**, **sia nella fase di gara che in esecuzione**, laddove il mandatario originario si trovi nelle seguenti condizioni:
 - **fallimento (salvo art. 110)**, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata e straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione, ovvero
 - casi previsti dalla **normativa antimafia** ovvero,
 - e qualora si tratti di imprenditore individuale, anche in caso di **morte**, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo.
 - **PERDITA, IN CORSO DI ESECUZIONE, DEI REQUISITI GENERALI** di cui all'articolo 80 (NUOVO).

*NB: tali casistiche si applicano anche ai consorzi fra **società cooperative**, ai **consorzi stabili** ed ai **consorzi ordinari** di concorrenti. L'obbligo di risoluzione del contratto non sussiste per la **sostituzione della mandante**.*

Perdita requisiti mandante

- ❖ Nel caso in cui tali **condizioni escludenti** colpiscano la mandante:
*“il mandatario, ove non indichi **altro operatore economico subentrante** che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla **esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti**, purché questi abbiano i **requisiti di QUALIFICAZIONE ADEGUATI AI LAVORI** o servizi o forniture **ANCORA DA ESEGUIRE**” (comma 18).*

➤ **Possibile contrasto tra codici:**

- nel **CODICE DEI CONTRATTI** tale possibilità vale **sia in fase di gara che durante l'esecuzione del contratto**.
- nel **CODICE ANTIMAFIA** viene chiarito che *“Se [...] un tentativo di infiltrazione mafiosa [...] interessa un'impresa diversa da quella mandataria [...], le cause di divieto o di sospensione [...] non operano nei confronti delle altre **imprese partecipanti** quando [...] sia estromessa o **sostituita (solo) anteriormente alla stipulazione del contratto**.” (art. 95 co. 1 e 2, d.lgs. 159/2011).*

Da RTI a Soggetto unico

- ❖ E' **AMMESSO IL RECESSO** (art. 48, co. 19) di una o più imprese raggruppate anche qualora il raggruppamento si **riduca ad un unico soggetto**:
 - esclusivamente per **esigenze organizzative** del raggruppamento
 - se le imprese rimanenti hanno i requisiti di **qualificazione adeguati ai lavori ancora da eseguire**.
- *L'allora AVCP con parere AG 49/2013 avevano chiarito che "l'**immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche** è preordinata a garantire l'amministrazione appaltante [...] le eccezioni previste [...] indipendenti dalla volontà del soggetto [...] trovano giustificazione nell'interesse della SA alla continuazione della stessa" (cfr. co. 18 e 19, art. 45 del d.lgs. 163/2006 riprodotti con i co. 17 e 18 dell'art. 48 del Codice).*
- ❖ La **validità della costituzione di un'ATI** va giudicata al momento della formulazione dell'offerta: sono **legittime** costituzione in ATI sia intervenuta dopo la **prequalificazione** (C.d.S. sez. V 14/6/2017 n. 2896).

CONTRATTI DI APPALTO PER LAVORI, SERVIZI E FORNITURE

REQUISITI GENERALI E SOCCORSO ISTRUTTORIO

Nuovi motivi di esclusione e soggetti

- ❖ Nuovi motivi di esclusione:
 - **reato di false comunicazioni sociali.**
 - **false dichiarazioni in gara** (anche da risultanze del casellario).
- ❖ Sono verificati anche **institori e procuratori** generali e tali soggetti assieme agli altri elencati all'art. 80, co. 3, sono utilizzati per le **dichiarazioni dell'antimafia.**

NB: il RL non deve più dichiarare per i conviventi di tali soggetti.

*Il C.d.S. (sez. V 30/6/2017 N. 3178) seppur con riferimento alla previgente normativa ha chiarito la nozione di “socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci”, specificando che, l'espressione vale tanto per la persona fisica, quanto per la persona giuridica, in conformità ad un approccio sostanzialistico alla normativa che attribuisce rilievo ai **requisiti di moralità** di tutti i soggetti che stipulano contratti con la pubblica amministrazione, **inclusi i soggetti muniti di poteri di rappresentanza e direzione tecnica in seno alla persona giuridica socio della società di capitali offerente.***

Nuovi motivi di esclusione

- ❖ Riguardo ai motivi di **esclusione dalle gare** di cui all'art. 80, questi permangono per massimo:
 - **5 anni** se la sentenza di condanna definitiva non fissa la durata della **pena accessoria dell'incapacità a contrarre** con la PA oppure non sia intervenuta prima riabilitazione (cfr. **comma 3**).
 - **3 anni** dalla data di **accertamento definitivo del fatto** se non è intervenuta sentenza definitiva di condanna, **per gli altri motivi di esclusione di cui ai commi 4 e 5 (NUOVO)**.
- ❖ Il co. 5, lett. c), consente alle SA di escludere i concorrenti in presenza di «**gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità**», in tali ipotesi rientrano, tra l'altro, «**significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata**».
 1. L'obiettivo: **verificare l'affidabilità complessivamente considerata dell'OE**, a tutela del buon andamento dell'azione amministrativa.
 2. Persiste **in capo alla SA un coefficiente di discrezionalità**, il cui esercizio – ed il cui correlato sindacato in sede giurisdizionale - comporta la esatta riconduzione della fattispecie astratta contemplata dalla norma (grave illecito professionale) a quella concretamente palesatasi nella singola gara.

Durata massima causa di esclusione

❖ Cinque Anni

Condanna

Self cleaning comma 1

(pena non superiore a 18 mesi ovvero attenuante della collaborazione) e **comma 5**, se prova: a) risarcimento danno, b) adozione provvedimenti idonei a prevenire altri reati/illeciti

Provvedimento

❖ Tre Anni

Durata massima

pena accessoria dell'incapacità a contrarre con la PA (salvo riabilitazione)

Tempo

Durata massima CE da accertamento definitivo del fatto (motivi di esclusione di cui ai **commi 4 e 5**)

LL.GG. illeciti professionali 1/2

- ❖ L'ANAC (art. 80, co. 5, lett. c, e 139, con proprie **LINEE GUIDA n. 6**)
 - A. precisa i **mezzi di prova** a comprova delle **circostanze di esclusione** e individua le **carenze nell'esecuzione di un precedente contratto** di appalto che possono considerarsi **significative**.
 - B. nel **documento di consultazione per la revisione** delle stesse:
 - ✓ **PERMANE LA LETTURA ALLARGATA DELL'«ERRORE PROFESSIONALE»**
 - comprensivo di qualsiasi comportamento che incide sull'integrità o affidabilità dell'operatore.
 - ✓ **E' COLLEGATA la RILEVANZA** ostativa all'**ESECUTIVITÀ DEL PROVVEDIMENTO** (definitività?)
 - rilevano gli **illeciti professionali gravi definitivamente accertati**, a prescindere dalla loro natura civile, penale o amministrativa.
 - vengono **eliminate le previsioni e le dei provvedimenti di condanna non definitivi**.
 - ✓ **E' AMPLIATA LA CASISTICA DI ILLECITI** nell'esercizio della professione
 - rilevano le condanne esecutive per i reati di **abusivo esercizio di una professione, reati fallimentari, reati tributari, reati urbanistici** e **reati previsti dal Dlgs 231/2001**.

LL.GG. illeciti professionali 2/2

❖ ACCERTAMENTO DELLA NOTIZIA

- le verifiche continuano ad essere fatte sul **Casellario Informatico** e sul **certificato integrale delle condanne penali**,
- se la **SA viene a conoscenza di cause ostative non ancora inserite** nel Casellario, **ne tiene conto previe idonee verifiche in ordine all'accertamento della veridicità.**

❖ VALUTAZIONE DELLA SUSSISTENZA DELLA GRAVITÀ dei fatti e DELLA COLPA

1. **informazioni fuorvianti** in ordine al possesso dei **requisiti di partecipazione** o ad altre circostanze rilevanti ai fini della gara;
2. **informazioni false** relative a **circostanze diverse** dal possesso dei **requisiti generali o speciali** di partecipazione;
3. l'**omissione di informazioni** in ordine alla **carenza, sopravvenuta** rispetto al momento in cui è stata presentata la domanda, **di requisiti o elementi non specificatamente richiesti dal bando** di gara ai fini della partecipazione, ma **indicati dall'offerente per conseguire un punteggio** ulteriore **o per fornire le spiegazioni** richieste dalla stazione appaltante nel caso in cui l'**offerta appaia anormalmente bassa.**

Soccorso istruttorio 1/3

- ❖ **PRINCIPALI caratteristiche** del nuovo soccorso istruttorio:
 - viene **meno la sanzione** collegata alla regolarizzazione dell'offerta.
 - è confermato che sono **irregolarità essenziali non sanabili** le carenze che non consentono l'individuazione del contenuto/soggetto responsabile.
 - sono **sanabili** le **carenze** di elementi formali afferenti all'offerta economica/tecnica.

NB: l'eliminazione del pagamento è coerente

- *con la legge delega (n. 11/2016, comma 1, lettera z)*
- *con il TAR del Lazio, il quale aveva rimesso alla CGUE (ord. 3/10/2016, n. 10012). Dagli atti preliminari alla Corte di giustizia si evince che «i **principi di parità di trattamento e di proporzionalità** [...] non ostano al fatto di consentire all'OE di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice».*

L'eventuale insufficienza della dichiarazione resa, non espressamente sanzionata con l'esclusione, non comporta l'immediata espulsione dalla procedura selettiva (C.d.S., Sez. V 30/6/2017 N. 3180, CGUE Sez. VI, 2/6/2016, in C-27/15).

Soccorso istruttorio 2/3

- ❖ **SONO SANABILI** attraverso la procedura di soccorso istruttorio :
 - le carenze di **qualsiasi elemento formale** della domanda
 - in caso di **manca**za, **incompletezza** e di ogni **altra irregolarità essenziale**
 - ✓ degli **elementi della domanda** e
 - ✓ del **documento di gara unico europeo** di cui all'articolo 85,

La stazione appaltante:

- ✓ assegna un termine (**max 10gg**), perché siano **rese, integrate** o **regolarizzate** le dichiarazioni necessarie,
- ✓ indicando il contenuto e i soggetti che le devono rendere.

Con l'inutile decorso del termine il concorrente è escluso dalla gara.

- ❖ **NON SONO SANABILI :**
 - le irregolarità **non formali** dell'**offerta economica** e dell'**offerta tecnica**,
 - delle carenze documentali che non consentono l'**individuazione del contenuto** o del **soggetto responsabile** della stessa.

Soccorso istruttorio – sentenze 3/3

- ❖ **ASSENZA DELLA RELAZIONE GEOLOGICA** *s.o. NON ammesso*, perché inficia un *elemento essenziale dell'offerta tecnica*, cui si lega il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, secondo cui ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori (TAR Sicilia Palermo sez. II 28/6/2017 n. 1727, riferito al previgente q.n.)
- ❖ **INDICAZIONE DELLE PARTI DEL CONTRATTO FACENTI CAPO A CIASCUNA DELLE IMPRESE RAGGRUPPATE:** *s.o. ammesso*, perché riguarda i soli requisiti di partecipazione – e dunque non l'offerta – al fine di consentire al concorrente qualificato per la procedura di gara di regolarizzare carenze formali, ricardanti l'esigenza che le, al fine di consentire all'amministrazione di verificare la qualificazione delle singole (C.d.S., III, 2/3/2017, n. 975).
- ❖ **DISCOSTAMENTO DEL SINGOLO PREZZO OFFERTO DA QUELLO MINIMO PRESCRITTO DAL BANDO:** *s.o. ammesso*, perché laddove riferito ad una singola voce non implica l'inaffidabilità complessiva dell'offerta o altera la par condicio. (C.d.S., VI 19/6/2017 n. 2973).
- ❖ **IRREGOLARITA' RELATIVE AL P.E.F. ():** *so. ammesso*, perché considerato espressamente dalla lex specialis come documento non oggetto di valutazione e non rientrante tra i contenuti valutabili dell'offerta.

CONTRATTI DI APPALTO PER LAVORI, SERVIZI E FORNITURE

QUALIFICAZIONE

Novità in tema di qualificazione

- ❖ La **qualificazione SOA sarà regolata da DM del MIT, su proposta Anac** (non più con le linee guida Anac) (art. 83).
- ❖ Ritornano con il correttivo:
 - gli **ultimi 10 anni per computo requisiti ai fini SOA** (art. 84, co. 4, lett. b);
 - possibilità di **utilizzare i migliori 5 anni del decennio** per la dimostrazione del fatturato nelle gare **sopra i 20 mln** (art. 84, comma 7, lett a);
 - la **proroga del direttore tecnico**: coloro che alla data di entrata in vigore del presente codice svolgevano la funzione di DT ed erano in possesso alla medesima data di una **esperienza almeno quinquennale**, possono continuare a volgere tali funzioni (**fanno eccezione i restauratori**).

NB: cfr. **Consultazione on line Linee guida** sul sistema di qualificazione degli operatori economici e del contraente generale, ancora in capo all'ANAC.

NB: Sulla questione relativa alla necessità che le SOA mantengano almeno una **sede operativa in Italia**, la Commissione Europea ha inviato una lettera di messa in mora all'Italia, il Parlamento, ha raccomandato al Governo di assumere tutte le iniziative necessarie per difendere la posizione italiana.

Veridicità dell'attestazione

- ❖ Le SOA segnalano **DICHIARAZIONI/DOCUMENTI FALSI** all'ANAC, che:
 1. **accerta la colpa grave o il dolo**,
 2. **tiene conto della gravità** e della sua **rilevanza** per la qualificazione,
 3. **dispone l'iscrizione** nel casellario informatico ai fini dell'esclusione o affidamenti di subappalto, per **massimo di due anni** (e poi cancellata).
- ❖ I lavori sono documentati dal **certificato di esecuzione dei lavori** (CEL)
 - **redatto secondo lo schema predisposto dall'ANAC**,
 - **recante le categorie relative ai lavori** (effettivamente) **eseguiti**, richieste nel bando di gara o nell'avviso o nella lettera di invito.

In caso contrario, **si applicano le sanzioni ex art. 213, co. 13, nel caso di comunicazioni non veritiere** (da 500,00 a 50.000 euro).

*NB: nonostante le prime bozze di correttivo è ancora vigente la disposizione secondo cui tali certificati, **scomputano** dall'intero valore dell'appalto il valore e la categoria di **quanto eseguito attraverso il subappalto**.*

Sistema di scorporo categorie

❖ Reintrodotte con il correttivo le definizioni di

- «**lavori di CATEGORIA PREVALENTE**», la categoria di lavori, generale o specializzata, di importo più elevato fra le categorie costituenti l'intervento e indicate nei documenti di gara.

*NB: nella bozza di ll.gg. ANAC sulla qualificazione è riproposto il **principio di sufficienza della qualificazione nella categoria prevalente** (cfr. l. 80/2014), secondo cui l'affidatario, qualificato nella categoria prevalente per un importo sufficiente può eseguire le lavorazioni di cui si compone l'opera, fatto salvo:*

- *categorie a qualificazione obbligatoria, ex art. 12, co. 1, l. 80/2014,*
- *SIOS ex DM MIT 248/2016.*

- «**lavori di CATEGORIA SCORPORABILE**», la categoria di lavori, individuata dalla SA nei documenti di gara, tra quelli
 - ✓ non appartenenti alla categoria prevalente e
 - ✓ comunque **di importo superiore al 10 per cento** dell'importo complessivo dell'opera o lavoro,
 - ✓ **ovvero di importo superiore a 150.000 euro**
 - ✓ ovvero **SIOS** di cui all'articolo 89, co. 11.

Avvalimento

- ❖ E' confermato il **divieto di avvalimento** delle **SIOS** ed estesa tale limitazione **anche la categoria prevalente**.
- ❖ Il **MIT definisce la disciplina delle opere ad alto contenuto tecnologico** o di complessità tale da richiedere elevati livelli di specializzazione o SIOS.
 1. i **requisiti «aggiuntivi»** di specializzazione richiesti individuati dal MIT non sono più per l'esecuzione, ma **per la qualificazione SOA**.
 2. il **DM n. 248 del 10/11/2016** disciplina tali categorie:
 - ✓ **OS 2-A, OS 2-B e OS 25** per i beni culturali;
 - ✓ **OS 11, OS 12-A, OS12-B, OS 13, 18-A,**
 - ✓ **OS 18-B, OS 21 e OS 32** per la sicurezza strutturale e delle infrastrutture;
 - ✓ **OG 11, OS 4 e OS 30** per la sicurezza impiantistica;
 - ✓ **OS 14** per il ciclo dei rifiuti (art. 2 del DM).

- **Eliminata** la possibilità di avvalersi del possesso **dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 84** (art. 89, co. 1) viene meno l'avvalimento stabile?

Memo sulle SIOS

❖ Alla luce del DM, le opere SIOS:

1. **indipendentemente dall'importo, sono SEMPRE TUTTE SCORPORATE** e devono essere affidate a
 - ✓ subappaltatore deve essere qualificato per le lavorazioni che effettivamente esegue (in vigore sino ll.gg. ANAC «qualificazione»);
2. **qualora il relativo valore superi il 10%** dell'importo totale dei lavori messi a gara - **non è consentito fare ricorso né all'avvalimento** né al **subappalto di importo superiore al 30%** delle opere e non può essere suddiviso senza ragioni obiettive.
 - ✓ l'**obbligo di ATI verticale**, laddove l'impresa non disponga di idonea qualificazione della categoria SIOS richiesta in bando;
3. la **QUOTA DI SUBAPPALTO RISERVATA ALLA SIOS** (trenta per cento), **non è computata ai fini del raggiungimento della quota complessiva di subappalto**
 - ✓ *tale possibilità sembrerebbe estendersi alle SIOS inferiori 10% e subappaltabili fino 100%.*

DM «Avvalimento»

- ❖ Nel documento di consultazione per l'adozione di un DM MIT, l'ANAC:
 - **PRECISA** che l'avvalimento - con cui l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata requisiti di capacità economica, professionale, tecnica e finanziaria - è subordinato «**all'effettiva messa a disposizione delle risorse per tutto il tempo necessario all'esecuzione del contratto**»:
 - ✓ Il contratto, **PENA NULLITÀ**, indica con precisione **requisiti e risorse**, la **durata** e **se l'impresa ausiliaria è già impegnata** in altri avvalimenti.
 - **AMMESSO** l'**avvalimento frazionato**, salvo i casi di *“peculiarità tali da richiedere una determinata capacità non ottenibile con la somma di capacità inferiori”*, **VIETATO** l'**avvalimento a cascata** che sfugge i controlli.
 - **CONTROLLI** nella fase di
 - ✓ **presentazione della domanda** (cfr. C.d.S. VI 19/6/2017 n. 2977),
 - ✓ **esecuzione del contratto** a cura del RUP, il quale segnala se l'impresa non **utilizza effettivamente le risorse prestate** all'ANAC, che ne tiene conto per l'**attribuzione del rating**.

PARTE II: CONTRATTI DI APPALTO PER LAVORI, SERVIZI E FORNITURE

SELEZIONE E ANOMALIA

Criteri di selezione

- ❖ La **proposta** che **meglio corrisponde alle esigenze** delle SA e, quindi, della collettività e **garantisce la possibilità di una concorrenza** è individuata (artt. 95-99) sulla base del **CRITERIO DELL'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA** individuando il:

**MIGLIOR
PREZZO
(Lavori)**

**MIGLIOR RAPPORTO
QUALITÀ/PREZZO**

Applicabile a tutte le
procedure, senza limiti
d'importo (art. 95)

**COSTO DEL CICLO DI
VITA**

Applicabile a tutte le
procedure, senza limiti
d'importo (art. 95)

NON applicabile:

- I. alle procedure negoziate di cui all'art. 63,
- II. alle procedure di appalti affidati su progetto definitivo (artt. 59).

Lavori: Miglior prezzo

Applicabile (previa motivazione) per gare indette:

- sulla base del **progetto ESECUTIVO**:
- a **TUTTE** le **PROCEDURE ORDINARIE ≤ 2 milioni di euro**:
 - **Aperte** (art. 60)
 - **Ristrette** (art. 61)
 - **Competitive con negoziazione** (art. 62?)
 - [alle **PROCEDURE NEGOZIATE $\leq 1.000.000$ di euro ex art. 36, co. 2 ex circolare interpretativa del MIT?**] (vedi slide successiva)

**Miglior prezzo
con esclusione
automatica* offerte
anomale**
(n. offerenti ≥ 10)

**Miglior prezzo
con calcolo soglia
anomalia**
(n. offerenti $\geq 5 < 10$)

**Minor prezzo
con verifica anomalia**
(n. offerenti < 5)

Parere su negoziate e massimo ribasso

- ❖ Il Codice Appalti del 2016 **consentiva il massimo ribasso fino a 1 milione di euro** senza porre ulteriori condizioni. Ciò significa che le Stazioni Appaltanti potevano optare sia per la procedura negoziata sia per le procedure ordinarie.
- ❖ Il MIT ha chiesto all'**ANAC un parere** - di prossima pubblicazione - **in risposta all'interpretazione al Correttivo sul massimo ribasso**, che **sblocca di fatto la possibilità di tornare ad appaltare al massimo ribasso** (con metodo antiturbativa) anche «**nelle procedure negoziate da 150mila euro e fino a 1 milione di euro**», snellendo iter e tempi di aggiudicazione.
- ❖ L'ANAC giudica **l'interpretazione mirata a semplificare le micro-assegnazioni da 150mila a due milioni di euro** come
 - *"l'unica rispondente a criteri di ragionevolezza e dunque pienamente condivisibile".*
 - *"la modifica apportata dal correttivo all'innalzamento della soglia per l'utilizzo del criterio del minor prezzo" esclude "qualsiasi ricaduta sulle procedure di scelta del contraente".*

Criteri premiali - Rating di impresa

- ❖ Il rating di impresa (cfr. bozza ll.gg. scorsa estate), **aveva secondo l'ANAC:**
 - criticità legate ai **rischi di limitazione della concorrenza;**
 - potenziale **sovrapposizione con il sistema di qualificazione.**
- ❖ Pertanto (cfr. segnalazione ANAC a Governo e Parlamento del 1/2/2017) il **rating di impresa** viene trasformato in **criterio premiale per l'offerta:**
 - **facoltativo** e
 - **punteggio aggiuntivo** in sede di offerta;
 - **si somma al rating di legalità** (inizialmente soppresso dalle bozze di correttivo) e che non ne è più parte;
 - sconto sulla cauzione provvisoria (per servizi e forniture).

Tra i requisiti da valutare anche il **mancato utilizzo del soccorso istruttorio**, la **denuncia di estorsione** o casi di corruzione, il **rispetto dei tempi e dei costi** di realizzazione delle opere, la **vocazione al contenzioso** dei costruttori (in base ai suoi esiti) sia in fase di gara che in cantiere.

*NB: è premiale anche la fornitura **i beni o prodotti da filiera corta o a Km zero**”.*

Criteri: punteggio nell'OEPV

- ❖ Per l'effettiva individuazione del **miglior rapporto qualità/prezzo**, devono essere valorizzati gli elementi qualitativi dell'offerta che garantiscono un **confronto concorrenziale effettivo** sui profili tecnici, pertanto:
 - i **criteri ambientali minimi** devono essere tenuti in considerazione **anche nelle opere di ristrutturazione**,
 - viene introdotta la previsione che **prevedere un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30%**;
 - non attribuiscono **alcun punteggio** per l'offerta di **opere aggiuntive** rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta.

La **CONGRUITÀ DEL PUNTEGGIO** è valutata sulle offerte che presentano:

- sia punti relativi al prezzo,
- sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione,

ENTRAMBI PARI O SUPERIORI AI 4/5 dei punti massimi previsti
(NB: nelle bozze di correttivo tale soglia era stata elevata a 9/10, per evitare che ci fossero sorprese laddove applicata la riparametrazione).

Congruità delle offerte nel miglior prezzo

- ❖ Il RUP o la commissione giudicatrice, **ove vi siano almeno 5 concorrenti**, calcolano la **congruità delle offerte**, **sorteggiando** in sede di gara (seduta pubblica?) uno dei **5 metodi** per l'individuazione della **soglia di anomalia**:
 - a) **TRADIZIONALE** il **taglio delle ali** non è più pari al 10%, ma al **20%**,
 - b) **PARI E DISPARI** chiarito che il taglio delle ali (anche qui del 20%) fa riferimento alle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso;
 - c) **INCREMENTO SECCO** è ridotto l'incrementato della **media** dei ribassi percentuali dal 20% al **15%**;
 - d) **DECREMENTO SECCO** **è sostituito con** una media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse **incrementata del 10%**;
 - e) **DOPPIA ESTRAZIONE** sono rivisti i coefficienti sorteggiati dalla commissione giudicatrice o, in mancanza della commissione, dal RUP, all'atto del suo insediamento tra i seguenti valori: 0,6; 0,7; 0,8; 0,9 (prima fino al 1,4).

Fissata la soglia, la SA provvede: A) alla **valutazione sulla congruità** per ribassi pari o superiore; B) all'**esclusione automatica delle offerte anomale**.

Valutazione della soglia di anomalia

- ❖ L'esclusione automatica ex 97, co. 2 e 8, può essere effettuata **solo se siano ammesse almeno 10 offerte**, altrimenti la SA procede alla **verifica in contraddittorio** con l'impresa prima in graduatoria.
- ❖ L'offerta è **anormalmente bassa** in quanto:
 - a) non rispetta gli **obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro**;
 - b) non rispetta gli obblighi in materia di **subappalto**;
 - c) sono incongrui gli **oneri aziendali della sicurezza**;
 - d) il **costo del personale** è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite **tabelle ministeriali**.

- 
- ❖ A tal fine, l'operatore **nell'offerta economica** (art. 95, co. 10) deve indicare
 - i propri **costi della manodopera** e
 - gli **oneri aziendali** concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro

NB: Esentati forniture senza posa in opera, servizi di natura intellettuale e affidamenti inferiori a 40.000 euro (affidamento diretto/amministrazione diretta.)

Esclusione automatica

❖ Se previsto dalla SA e **siano state ammesse almeno 10 offerte** la congruità dell'offerta ex 97, co. 2 e 8, **l'esclusione automatica dalla gara delle offerte anomale** ex art. 97, co. 2 implica che non si applicano i commi:

- 4 - **l'impresa non può fornire spiegazioni**, ad es. su metodo di costruzione, soluzioni tecniche od originalità dei lavori (co. 4),
- 5 - la **SA non può richiedere prova che giustifichi il basso livello di prezzi o di costi** anche dei lavori proposti (co. 5),



*L'art. 95, co. 10 chiarisce che le SA, relativamente ai costi della manodopera, **prima dell'aggiudicazione procedono a verificare** il rispetto dei minimi tabellari di cui all'art. 97, co. 5 lett. d (**cfr. art. 30 obbligo applicazione CCNL di riferimento**)*

- 6 - la **SA non può richiedere giustificazioni** in relazione a **trattamenti salariali minimi** inderogabili o in relazione agli **oneri di sicurezza**
- 6 - la **SA non ha la facoltà di valutare in ogni caso la congruità** di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa (co. 6, contra ANAC).

Costo lavoro

❖ Il **COSTO DEL LAVORO** (art. 23, co. 16) è determinato annualmente, in **apposite tabelle**, dal **Ministero del lavoro** :

- in base ai **valori economici del CCNL**, delle norme previdenziali-assistenziali, del settore meteorologico o dell'ambito territoriale,
- o in mancanza dai valori del CCNL del **settore merceologico più vicino**.

L'importo posto a base d'asta,

- a) Individua sulla base del **progetto i costi della manodopera**;
- b) non comprende i **costi della sicurezza, che sono scorporati**.

NB: 1) nelle more delle tabelle, continuano ad applicarsi le disposizioni di cui ai DM già emanati; 2) lo scorporo non avviene nelle forniture senza posa in opera, dei servizi intellettuali e nelle negoziate infra 40K euro.

❖ Diventa obbligatorio prevedere le clausole di **stabilità occupazionale o clausole sociali** nei bandi di gara per gare ad alta intensità di manodopera.

NB: Le esigenze sociali hanno quindi prevalso sulle diverse esigenze di libertà organizzativa dell'imprenditore e libertà d'impresa.

Prezzari

- ❖ Nei lavori il **COSTO DI PRODOTTI, ATTREZZATURE E LAVORAZIONI** è determinato sulla **base dei prezzari regionali**
 - **aggiornati annualmente dalle Regioni** (utilizzabili per i progetti a base di gara approvati entro il 31/12 e massimo fino al 30/6 successivo);
 - o **in caso di inadempienza**, dalle competenti **articolazioni territoriali del MIT** sentite le Regioni interessate entro 30 gg.

NB: In precedenza, l'entrata in vigore del nuovo codice (abrogativo degli artt. 32, D.P.R. 207/2010, e 133, d.Lgs. 163/2006 in cui era stabilita la necessità di utilizzare prezzi di riferimento)

- *non aveva escluso la **verifica sostanziale della congruità dei prezzi** rispetto alle condizioni di mercato (AVCP, parere n. 41/2007, **ANAC N.110 del 17 giugno 2015**);*
- *dovevano considerarsi comunque illegittimi quei bandi con prezzi incongrui e non aggiornati, obiettivamente inferiori a quelli di mercato come rilevabili dal tariffario regionale.*

Verifica costo del Lavoro

- ❖ Nell'**ELABORAZIONE PROGETTO** tiene conto del **costo del lavoro** (tabelle Min. lavoro) e **costo attrezzature e lavorazioni** (prezziari regionali)
- ❖ La SA nei **DOCUMENTI DI GARA** individua i **costi della manodopera** (e scorpora i **costi della sicurezza**).
- ❖ Nell'**OFFERTA ECONOMICA** l'OE indica i **costi della manodopera** applicando **contratto collettivo di riferimento per settore e zona** nella quale si eseguono le prestazioni e gli **oneri aziendali della sicurezza***.
- ❖ La SA **PRIMA DELL'AGGIUDICAZIONE** procede a verificare se il **costo della manodopera** rispetta i minimi salariali retributivi ex **tabelle ministeriali**
- ❖ Il **DURC/DOL** in **ESECUZIONE** comprende la **verifica della congruità della incidenza della manodopera** verificata nei lavori dalla **Cassa edile**

* Nella verifica dell'anomalia non sono ammesse giustificazioni sui minimi

CONTRATTI DI APPALTO PER LAVORI, SERVIZI E FORNITURE

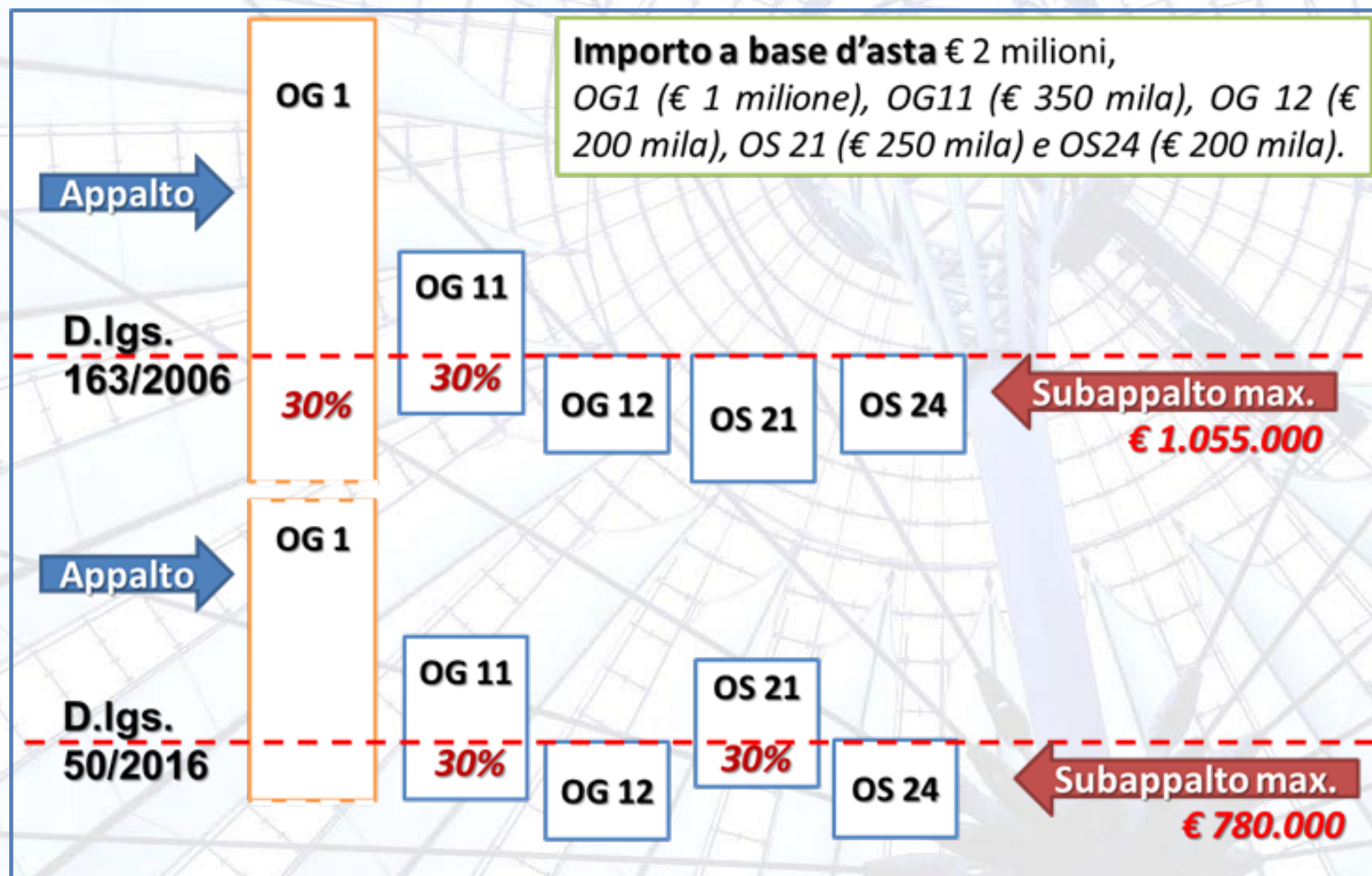
SUBAPPALTO

L'istituto del subappalto

- ❖ Il **contratto** con il quale l'appaltatore affida a terzi parte dell'appalto:
1. è **limitato** al **30% DELL'IMPORTO COMPLESSIVO DEL CONTRATTO** (co. 2) e al **30% DELLE CATEGORIE CD. SIOS** d'importo superiore al 10%, con conseguente obbligo di ATI verticale, con divieto di avvalimento (*cfr.* decreto MIT 248/2016).
 2. è **sottoposto** ad **autorizzazione** della SA,
 3. è **necessario** che il **subappaltatore** sia **qualificato** (nella categoria **!?**) e il concorrente dimostri l'**assenza dei motivi di esclusione** ex art. 80,
 4. è **necessario** all'atto dell'offerta siano stati **indicati i lavori o le parti di opere** che si intende subappaltare
 5. è **necessario** l'affidatario del subappalto **non abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto (NUOVO)**.

*NB: NON deve più essere **ESPRESSAMENTE PREVISTO NEL BANDO** di gara anche limitatamente a singole categorie per le quali è ammesso.*

Differenze su quota subappaltabile



Denuncia alla Commissione Europea

- ❖ La **denuncia di infrazione alla Commissione Europea, sottoscritta da ANCE**, si è focalizzata sulle seguenti questioni, in materia di subappalto, con particolare riferimento all'eliminazione delle seguenti norme introdotte dal nuovo Codice:
- **limite del 30 per cento** dell'importo dell'appalto per il ricorso al subappalto;
 - **obbligo di ATI verticale** per le categorie superspecialistiche ;
 - ribassabilità massima, per le prestazioni affidate in subappalto, del 20 per cento dei prezzi risultanti dall'aggiudicazione;
 - divieto di **ribasso sui costi della manodopera** relativi alle prestazioni affidate in subappalto;
 - obbligo del **pagamento diretto del subappaltatore** in caso di micro o piccola impresa, sia in caso di appalto sia di concessioni;
 - obbligo di **indicazione della terna dei subappaltatori**, sia in caso di appalto sia di concessioni;
 - eliminazione del cd "**premio di coordinamento**" a favore della qualificazione dell'appaltatore sui lavori affidati in subappalto.

Contratti simili 1/2

❖ Sono **subappalto** ex art. 105, co. 2, quarto periodo, le **attività ovunque espletate** che richiedono l'**impiego di manodopera**, quali

➤ le **FORNITURE CON POSA IN OPERA** e i **NOLI A CALDO**:

a se singolarmente di importo > 2% dell'importo delle prestazioni affidate o di importo > 100.000 euro ... e (?)

Requisito quantitativo

b qualora l'**incidenza del costo della manodopera** e del personale sia > 50% dell'importo del contratto

Requisito qualitativo

E' subappalto se

▷ **a** + **b**

Non è subappalto

▷ ~~a~~ + ~~b~~
▷ ~~a~~ + **b**
▷ ~~a~~ + ~~b~~

Contratti simili 2/2

❖ VECCHIA FORMULAZIONE DEL 50/2016

- «Per gli appalti di lavori **NON COSTITUISCONO COMUNQUE SUBAPPALTO** le forniture senza prestazione di manodopera, le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente **di importo inferiore al 2 per cento** dell'importo delle prestazioni affidate o di **importo inferiore a 100.000 euro** e qualora l'incidenza del costo della **manodopera e del personale non sia superiore al 50 per cento** dell'importo del contratto da affidare.»

NB: I contratti simili delimitano i confini del subappalto

- non solo **ai soli fini della disciplina dettata nell'art. 105** ossia per:
 - computo quota subappalto,
 - pagamento diretto,
 - responsabilità solidale.
- Ma anche per ogni **effetto di legge** compresa la fattispecie penale del subappalto non autorizzato (art. 21 legge 646/1982).

Attività che non costituiscono subappalto

- ❖ Ex art. 105, co. 3, non è altresì subappalto.
 - l'affidamento di attività specifiche a **lavoratori autonomi**, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante;
 - la subfornitura a catalogo di **prodotti informatici**;
 - l'affidamento di servizi <20 mila euro annui a **imprenditori agricoli** nei comuni classificati totalmente montani.
 - ***c-bis) le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura.***

❖ Per tutti i **SUB-CONTRATTI CHE NON SONO SUBAPPALTI**, prima dell'inizio della prestazione, l'affidatario comunica alla SA:

- il nome del sub-contraente,
- l'importo del sub-contratto,
- l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati.

Ed eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del sub-contratto.

Terna

- ❖ L'**INDICAZIONE** della terna di **SUBAPPALTATORI** in offerta è **obbligatoria**:
 - negli **appalti di importo pari o superiore alle soglie comunitarie**,
 - indipendentemente dall'importo, riguardino le **attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa** (L. 190/2012).

*NB: La terna di subappaltatori va indicata **con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea** prevista nel bando di gara.*

- ❖ Per gli appalti **SOTTO LE SOGLIE COMUNITARIE**, nel bando o avviso:
 - le **modalità e le tempistiche** per la **verifica delle condizioni** di esclusione di cui all'articolo 80 **prima della stipula del contratto**,
 - l'indicazione dei **mezzi di prova** richiesti, per la dimostrazione delle **circostanze di esclusione per gravi illeciti professionali** come previsti dal comma 13 dell'articolo 80.

NB: Nel testo originario la terna era prevista sopra le soglie comunitarie e per i quali non fosse necessaria una particolare specializzazione, oppure laddove la SA l'avesse previsto nel bando o nella lettera d'invito

White-list

❖ E' **OBBLIGATORIA L'ISCRIZIONE ALLE WHITE-LIST**, quale modalità obbligatoria attraverso la quale le **SA acquisiscono la documentazione antimafia**, per:

- **trasporto di materiali a discarica** per conto di terzi;
- **trasporto e smaltimento di rifiuti** per conto di terzi;
- estrazione, fornitura e trasporto di **terra e materiali inerti**;
- confezionamento, fornitura e trasporto di **calcestruzzo e di bitume**;
- **noli a freddo** di macchinari;
- fornitura di **ferro lavorato**;
- **noli a caldo**;
- **autotrasporti** per conto di terzi;
- **guardiania** dei cantieri.

**Subappalto o
sub- contratto?**

❖ La Prefettura procede all'iscrizione dell'impresa **efficace per 12 mesi**:

- le imprese sono **inserite nella BDNA con indicazione della data di presentazione della domanda**.
- decorsi **30 giorni dalla data di presentazione** le imprese possono **sottoscrivere i relativi contratti** fatte salve le cautele di legge previste in caso di successivo diniego dell'iscrizione (D.P.C.M. 24/11/2016).

Problematiche dell'impresa nella terna

❖ POSSIBILITÀ DI SOSTITUIRE I SUBAPPALTATORI

- Il **Consiglio di Stato** del 26 ottobre 2016 (bozza di ll.gg. sull'art. 80, co. 5, lett. c) ha chiarito secondo un'interpretazione comunitariamente orientata che «è **sufficiente ad evitare l'esclusione** del concorrente che **almeno uno dei subappaltatori abbia i requisiti** e sia **qualificato per eseguire la prestazione da subappaltare**, ovvero che il **concorrente dichiari di rinunciare al subappalto**, avendo in proprio i requisiti».

NB: Nel correttivo era stata inizialmente espunta, tra le cause di esclusione, l'esistenza di un motivo di esclusione a carico del subappaltatore della terna.

❖ POSSIBILITÀ DI INDICARE GLI STESSI SUBAPPALTATORI

- Il **TAR Piemonte**, sent. n. 328 dell'8 marzo 2017 ha precisato che «la partecipazione in qualità di subappaltatore o concorrente avviene a diverso titolo giuridico e **non comporta violazione della segretezza delle offerte**; sotto altro profilo, si afferma che sarebbe onere, **gravante sulla stazione appaltante, dimostrare** la sussistenza di un unico centro di imputazione riferibile a diverse offerte».

AVCpass

- ❖ Nelle more della pubblicazione del decreto del MIT per la definizione della nuova Banca dati, la SA verifica i **REQUISITI DELL'APPALTATORE E DEL SUBAPPALTATORE** della terna, acquisendo il PASSoe di entrambi; ciò al fine di consentire alla stazione appaltante i controlli tramite il **sistema AVCpass**.
 - il **subappaltatore** indicato dal partecipante dovrà generare la propria componente AVCpass classificandosi come “Mandante in RTI”.
 - il **concorrente** partecipante alla gara genererà il PassOE con il ruolo di “Mandataria in RTI” (F.A.Q. n. 16).
- ❖ Il **PassOE del subappaltatore è inserito nella busta A** della documentazione amministrativa assieme a quello del concorrente.
- ❖ Laddove a subappaltare sia **un raggruppamento** e quindi mandanti e subappaltatori siano tenuti a presentare un PassOE identico, **la SA successivamente all'apertura delle buste**, a conclusione delle operazioni di gara e nel corso del sub-procedimento di verifica, riscontrerà la completezza della documentazione nonché il **ruolo dei singoli soggetti**.

Pagamento diretto

Caratteristiche sub-contraente				Fattispecie pagamento diretto		
Tipologia	Occupati	Alternativamente		Subappaltatore o cottimista	Inadempimento	Richiesta subappaltatore (cfr. natura contratto)
		Fatturato annuo (mln euro)	Bilancio annuo (mln euro)			
Micro impresa	<10	≤2	≤2	X	X	X
Piccola impresa	<50	≤10	≤10	X	X	X
Media impresa	<250	≤50	≤43		X	X
Altro	-	-	-		X	X

NB: fatta salva la facoltà per le Regioni a statuto speciale e per le province autonome di Trento e Bolzano di disciplinare ulteriori casi di pagamento diretto dei subappaltatori (comma 21).

Problematiche interpretative

❖ INADEMPIMENTO DELL'APPALTATORE

- assenza di specifiche indicazioni circa l'eventuale **natura dell'inadempimento** e sulla necessità di un suo **definitivo accertamento**.
- **NON** individuato il **soggetto** che dovrà accertare i presupposti di legge.
- al **subappaltatore la piena libertà sulla scelta degli strumenti di prova** per dimostrare il mancato soddisfacimento del proprio credito. Spetterà, poi, all'**appaltatore dimostrare, verosimilmente al RUP**, l'illegittimità della richiesta del subappaltatore.

❖ RICHIESTA DEL SUBAPPALTATORE

- mancanza di un chiarimento sulla **natura del contratto**, si ritiene che quest'ultima debba essere giudicata dal RUP, caso per caso.

Responsabilità dell'appaltatore

- ❖ La SA verifica nei confronti del subappaltatore (non del fornitore) l'adempimento degli stessi obblighi dell'appaltatore, tra cui la regolarità nel pagamento delle retribuzioni (fuori dal ribasso max del 20%) e dei contributi (**documento unico di regolarità contributiva "on line"**).
- ❖ L'articolo 105, comma 8, prevede la **responsabilità**:
 - **in via esclusiva** del contraente principale nei confronti della SA,
 - **in solido** tra l'aggiudicatario e il subappaltatore in relazione agli obblighi retributivi e contributivi del personale dipendente, rinviando specificamente all'articolo 29 del d.lgs. n. 276/2003.
- ❖ Il **pagamento diretto del subappaltatore**, previsto nelle sopra riportate lettere **a)** e **c)** (per MPMI e su richiesta), **libera l'appaltatore dalla responsabilità solidale** in relazione agli obblighi retributivi e contributivi nei confronti del personale dipendente dell'appaltatore. NO nell'ipotesi contenuta alla lettera **b)** di **inadempimento dell'appaltatore**.

CONTRATTI DI APPALTO PER LAVORI, SERVIZI E FORNITURE

ESECUZIONE

Variante per errori progettuali

- ❖ E' possibile modificare il contratto di appalto, laddove derivi da **ERRORI O DA OMISSIONI NEL PROGETTO ESECUTIVO**, che **pregiudichino** in tutto o in parte
 - la **realizzazione dell'opera** o
 - la **sua utilizzazione**,fatta salva la responsabilità dei progettisti esterni, il valore della stessa deve essere:
 - ✓ inferiore a **soglie di rilevanza comunitaria**,
 - ✓ inferiore a **15% del valore iniziale del contratto** per i contratti di lavori (10% per servizi e forniture),
 - ✓ la **modifica non può alterare la natura complessiva del contratto** o dell'accordo quadro,
 - ✓ il valore è accertato sulla base del valore complessivo al netto delle successive modifiche, in caso di più modifiche successive.

*NB: Cancellata l'ipotesi di **silenzio assenso sulle varianti**, dopo un'attesa di trenta giorni. Il parere dell'Aanc aveva considerato inapplicabile e troppo breve questo termine, dal momento che per pronunciarsi su una proposta di variante occorre una conoscenza approfondita del progetto.*

Direttore dei lavori/esecuzione

- ❖ Le **ll.gg. del MIT sul direttore dei lavori** (111, co. 1) disciplineranno, altresì:
 - le modalità di **svolgimento della verifica di conformità** in corso di esecuzione e finale e la relativa tempistica,
 - i casi in cui il **direttore dell'esecuzione** può essere incaricato della verifica,
 - ✓ e se **ciò non fosse possibile** perché la SA non può espletare l'attività di direzione dei lavori, essa è affidata, nell'ordine,
 1. ad **altre amministrazioni pubbliche**,
 2. al **progettista incaricato**;
 3. ad **altri soggetti scelti** con le procedure previste dal presente codice per l'affidamento degli incarichi di progettazione.
- ❖ Gli **accertamenti di laboratorio** e le **verifiche tecniche** necessarie anche specificamente previsti dal capitolato speciale d'appalto di lavori, sono:
 - **disposti dalla direzione dei lavori** o dall'organo di collaudo,
 - **a carico delle somme a disposizione accantonate** a tale titolo nel quadro economico (non soggette a ribasso).

NB: Con DM del MIT e proposta del Consiglio superiore ll.pp, sono individuati i criteri per la determinazione di tali costi.

Pagamenti, ritenute e penali

❖ Premesso che:

- **anticipazione del prezzo** (20%) si calcola sull'importo di aggiudicazione e non più sul valore stimato dell'appalto.
- è reintrodotta la **RITENUTA DELLO 0,50 PER CENTO** sull'importo netto progressivo delle prestazioni, svincolato soltanto in sede di liquidazione finale, dopo l'approvazione da parte della SA del certificato di collaudo (o verifica di conformità), previo rilascio DURC.

❖ Ai sensi del nuovo art. 113-bis:

- Le **penali per il ritardo nell'esecuzione** sono (da 0,1 a 0,3 per mille) sono commisurate ai giorni di ritardo, non possono comunque superare, complessivamente, il 10 per cento dell'importo contrattuale.
- All'esito positivo del collaudo/verifica di conformità **il RUP rilascia il certificato di pagamento** (ai fini dell'emissione della fattura da parte dell'appaltatore) nei termini di cui d.lgs. n. 231/2002 (30 gg dalla maturazione dell'ultimo SAL, prorogabili sino a 60).

Continua ...

Pagamenti dei SAL

- le SA dovranno emettere i **certificati di pagamento entro 45 giorni (!)** dall'approvazione dello stato di avanzamento lavori

A. *Direttiva e d.lgs. n. 231/2002 parlano di 30 gg.*

B. *Manca un riferimento all'intervallo dei SAL (es. bimestrale).*

C. *Le ll.gg Anac sul Rup (parte vincolante) prevedono che questi:*

- 1. verifica la regolarità** contributiva di affidatario e subappaltatore,
- 2. rilascia il certificato di pagamento entro 7 giorni** dalla ricezione del SAL da parte del direttore dei lavori, e
- 3. invia lo stesso alla SA ai fini dell'emissione del mandato di pagamento**, che **deve intervenire entro 30 giorni** dalla data:
 - di rilascio del **certificato di pagamento** oppure
 - di **ricezione della fattura** o
 - della **richiesta equivalente** di pagamento qualora successiva al rilascio del certificato di pagamento.

QUESITI