

# ***Seminario***

## ***IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI***

*Incontro di approfondimento*

*PARTE VI: DISPOSIZIONI FINALI E TRANSITORIE*

# **IL REGIME TRANSITORIO**

## ***Entrata in vigore***

1. L'**ART. 216, co. 1** stabilisce che le disposizioni del nuovo Codice, se non diversamente previsto, si applicano **alle procedure e ai contratti**:
  - a. per i quali i **BANDI O AVVISI** siano stati pubblicati **SUCCESSIVAMENTE ALLA DATA DI ENTRATA IN VIGORE DEL CODICE**,
  - b. in relazione ai quali, **ALLA DATA DI ENTRATA IN VIGORE DEL CODICE**, non siano ancora stati **INVIATI GLI INVITI** a presentare le offerte.
2. L'**ART. 217** stabilisce il **SUPERAMENTO DELL'INTERO IMPIANTO NORMATIVO** in materia dei contratti pubblici abrogando il D.lgs. n. 163 del 2006 e il Regolamento D.P.R. n. 207 del 2010 (parzialmente o fino alla data di adozione degli atti attuativi del nuovo Codice).
3. **Data di riferimento 19 o 20 aprile?**

## ***Data applicazione***

❖ Con **COMUNICATO DEL 3 MAGGIO 2016**, l'ANAC:

- a) in relazione al regime transitorio del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 delineato dagli articoli 216, comma 1 e 220,
  - b) facendo seguito al **comunicato congiunto ANAC-MIT del 22 aprile**,
  - c) sentita anche l'Avvocatura generale dello Stato,
  - d) anche a seguito di numerose richieste di chiarimenti avanzate da SA,
- ha considerato:
- il **principio generale di cui all'art. 11 delle preleggi** al codice civile ed
  - l'esigenza di tutela della **buona fede delle SA**,

è arrivata ad **una diversa soluzione equitativa con riferimento ai soli bandi o avvisi pubblicati nella giornata del 19 aprile**, per i quali continua ad operare il pregresso regime giuridico, mentre **LE DISPOSIZIONI DEL D.LGS. 50/2016 RIGUARDERANNO I BANDI E GLI AVVISI PUBBLICATI A DECORRERE DAL 20 APRILE 2016.**

# Affidamenti ancora sotto 163 - 1/3

❖ In base al **COMUNICATO ANAC 11 MAGGIO 2016**, le **disposizioni del 163/2016 si applicano** a tutti gli avvisi pubblicati entro il 19 aprile 2016 te (cfr. artt. 66, 122 e ss. del d.lgs. 163/06) e nei seguenti casi:

**1. AFFIDAMENTI AGGIUDICATI PRIMA** della data di entrata in vigore del nuovo Codice, per i quali, indipendentemente dall'acquisizione di un nuovo CIG, siano disposti:

- ✓ il **rinnovo del contratto o modifiche** contrattuali derivanti da rinnovi **già previsti nei bandi di gara**;
- ✓ consegne, lavori e servizi **complementari**;
- ✓ ripetizione di servizi **analoghi**;
- ✓ **proroghe tecniche**, purché limitate al tempo strettamente necessario per l'aggiudicazione della nuova gara;
- ✓ **varianti** per le quali non sia prevista l'indizione di una nuova gara.

## Affidamenti ancora sotto 163 - 2/3

2. **PROCEDURE NEGOZiate** indette, a partire dal 20 aprile 2016, purché la procedura negoziata sia tempestivamente avviata in applicazione degli articoli:
  - ✓ **56, co. 1, lett. a)** di precedenti gare bandite in vigore del d.lgs. 163/06 andate **deserte** a causa della presentazione di **offerte irregolari o inammissibili**,
  - ✓ **57, co. 2, lett. a)** del d.lgs. 163/06, per mancanza assoluta di offerte.
3. **PROCEDURE NEGOZiate** per contratti di cui all'allegato II B e per i contratti sotto soglia di rilevanza europea per le quali la stazione appaltante abbia pubblicato, in vigore del d.lgs. 163/06, un avviso esplorativo (**INDAGINE DI MERCATO**), laddove:
  - ✓ sia certa la data di **pubblicazione dell'avviso**,
  - ✓ la procedura negoziata sia **avviata entro un termine congruo** dalla data di ricevimento delle manifestazioni di interesse,
  - ✓ **non siano intervenuti atti** che abbiano sospeso, annullato o revocato la procedura di gara;

# ***Affidamenti ancora sotto 163 - 1/3***

4. **affidamenti diretti o procedure negoziate** in attuazione di **ACCORDI QUADRO AGGIUDICATI PRIMA** dell'entrata in vigore del nuovo Codice;
5. **adesioni a CONVENZIONI STIPULATE PRIMA** dell'entrata in vigore del nuovo Codice.

## **❖ IN TUTTI GLI ALTRI CASI:**

- A. fino all'adeguamento di tutti i **SISTEMI INFORMATICI** ancora basati sul previgente D.lgs. 163/2006, le informazioni obbligatorie e le relative **modalità di trasmissione continuano ad essere soggette alle stesse modalità telematiche già in uso**, accessibili dal sito internet [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it), sulla base di due tabelle operative di corrispondenza tra nuova e previgente disciplina.
- B. Il **NUOVO CODICE E' GIÀ IN VIGORE**, fatto salvo lo stessi non rimandi la sua applicazione all'emissione di **decreti, atti specifici, linee guida**, etc.

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

**SOGGETTI**

## ***Operatori economici***

❖ L'art. 3 **definisce gli OE** :

- p) «**OPERATORE ECONOMICO**»,
  - ✓ una **persona fisica o giuridica**,
  - ✓ un **ente pubblico**,
  - ✓ un **raggruppamento** di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese,
  - ✓ un **ente senza personalità giuridica**, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240,
 che **OFFRE SUL MERCATO** la realizzazione di **lavori o opere**, la fornitura di **prodotti** o la prestazione di **servizi**;

## ***Operatori economici ammessi***

- ❖ L'art. 45 **definisce gli OE** ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici (ex art. 34 del D.Lgs. 163/2006).
- ❖ Le **SA** (cfr. artt. 19, dir. 24, 37, dir. 25, e 26, dir. n. 23) possono:
  - imporre ai raggruppamenti di operatori economici (**ROE** o **RTOE**) di assumere una **forma giuridica specifica** dopo l'aggiudicazione del contratto, se necessaria per la buona esecuzione dello stesso (co. 3);
  - imporre alle persone giuridiche di **indicare il nome e le qualifiche professionali delle persone incaricate** di fornire la prestazione relativa allo specifico contratto, nell'offerta o nella domanda di partecipazione a procedure di aggiudicazione **che comportano anche servizi o lavori di posa in opera e di installazione e di concessioni** (co. 4).
  - richiedere ai **RTOE condizioni per l'esecuzione** (appalto o concessione) **diverse da quelle imposte ai singoli partecipanti**, purché tali richieste siano proporzionate e **giustificate da ragioni oggettive** (co. 5).

# Requisiti progettisti e consorzi alle gare

- ❖ L'art. 46 (cfr. artt. 90, co. 1 e 2, e 91, co. 2, del D.lgs. 163/2006) individua i **soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei servizi di architettura e ingegneria.**
- ❖ L'art. 47 individua i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione dei **consorzi di cooperative** e dei **consorzi stabili**, che devono essere:
  - posseduti e comprovati dagli stessi con le **modalità previste dal codice (?)**,
  - quelli relativi alla disponibilità delle **attrezzature** e dei **mezzi d'opera**, nonché all'**organico medio annuo**, sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle **singole imprese consorziate**.
- ❖ Per i **primi 5 anni** dalla costituzione, per i **consorzi stabili**, i **requisiti** economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dalla normativa vigente **posseduti dalle singole imprese** consorziate esecutrici, **vengono sommati in capo al consorzio.**

# Raggruppamenti e consorzi ordinari

- ❖ L'art. 48 (art. 37 del 163/2006) conferma la **nuova formulazione linguistica per le ATI, superando (?) il riferimento all'impresa**, che diviene OE (RTOE).
  - **RT e consorzi ordinari di concorrenti** sono ammessi se gli imprenditori partecipanti al raggruppamento, ovvero consorziati, posseggono i **requisiti indicati all'articolo 84**, ossia l'attestazione SOA (co. 3 e 6).
  - Come nel previgente Codice **solo nel caso di forniture o servizi** nell'offerta **devono essere specificate le parti** che saranno eseguite dai singoli OE (co. 4).
  - In caso di **inadempimento della mandataria**, è ammessa, con il consenso delle parti, la **revoca del mandato** collettivo speciale al fine di consentire alla SA il **pagamento diretto** nei confronti delle altre imprese del raggruppamento (co. 13, ult. per.).

# ***Sostituzione mandante/mandataria***

- ❖ Sono incrementati i casi in cui è **possibile per la SA proseguire l'appalto con altro mandatario/mandante** (art. 48, co. 17 e 18), idoneamente qualificato (cfr. fallimento). La sostituzione è possibile anche per:
  - ***liquidazione coatta amministrativa,***
  - ***amministrazione controllata e straordinaria,***
  - ***concordato preventivo***
  - ***procedura di insolvenza concorsuale o***
  - ***liquidazione.***
- ❖ E' ammesso il **recesso** di una o più imprese raggruppate per esigenze organizzative del raggruppamento e sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. **Non è ammesso se finalizzato ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara** (co. 19, ad 8/12).

## ***Reti e carenze del regime transitorio***

- ❖ Le imprese aderenti al **contratto di rete** (vantaggi per il distacco della mano d'opera) possono qualificarsi applicando le norme previste per:
  - **RTOE**, in quanto compatibili,
  - **consorzi stabili**, nel caso in cui tutti componenti di tale contratto abbiano i requisiti ai fini della qualificazione SOA (co. 14).

*NB: Tuttavia con l'abrogazione del previgente Codice è venuta meno la disciplina codicistica dell'art. 36 del D.lgs. 163/2006 e i consorzi stabili non hanno più un sistema di qualificazione.*

- ❖ *Sui raggruppamenti, è incerta l'applicazione dell'art. 92 del D.P.R. 207/2010, poiché, nel regime transitorio (art. 216, co. 15) è fatta salva la prima parte dell'art. 12 del decreto 47/2014, convertito con modificazioni dalla L. 80/2014, che con riferimento all'elenco delle categorie specializzate e SIOS (o super-specialistiche), aveva suo tempo superato il testo del Regolamento 207 (artt. 107 e tabella di cui all'allegato A).*

## Problemi transitorio

- ❖ *Lo stesso regime transitorio tace, invece, sulla vigenza - ancorché transitoria – dei successivi commi dell’articolo 12 che disciplinavano la **qualificazione dei raggruppamenti**.*
- ❖ *Non è quindi chiaro se non aver citato tale disciplina costituisca un’**abrogazione implicita e parziale dell’art. 12** sopra citato, con conseguente reviviscenza della formulazione originaria dell’art. 92 del D.P.R. 207/2010, che però a differenza del primo non prevede alcuna possibilità di variare le quote di esecuzione o partecipazione.*
- ❖ *Inoltre, come visto, nel vigente art. 48, co. 3, è introdotta una norma secondo cui gli OE raggruppati, ovvero i consorziati, devono possedere requisiti indicati all’articolo 84, ossia l’**attestazione SOA**. Non è chiaro se venga meno la possibilità di costituire non solo di un **raggruppamento tra imprese qualificate SOA e imprese qualificate** in gara ex art. 90 del D.P.R. 207/2010 (così come riportato all’ultimo periodo dell’art. 92, co 7 per le SIOS, di importo superiore a 150.00 euro), **ma anche di costituire raggruppamenti tra imprese non qualificate SOA**.*

## Clausole sociali

- ❖ Per gli affidamenti diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli ad alta intensità di manodopera è “facoltà” per le SA di inserire specifiche clausole volte a promuovere la **stabilità occupazionale** del personale impiegato.
- ❖ Infatti, la c.d. clausola sociale:
  - deve essere interpretata conformemente ai principi di **libertà di iniziativa imprenditoriale** e di concorrenza, che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto (art. 41 della Costituzione),
  - **non può scoraggiare la partecipazione** alla gara e limitando i partecipanti,
  - **non deve implicare alcun obbligo per l'impresa** aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria (cfr. I C.d.S., sez. III n. 1255/2016, sez. VI, n. 5890/2014, sez. III, n. 1896/2013).

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

# **REQUISITI GENERALI**

## Motivi di esclusione - 1/2

❖ L'articolo 80 (cfr. art. 57 della dir. 2014/24/CE) disciplina dei motivi di esclusione dalle gare per appalti pubblici :

- dell'**OE concorrente** e
- del **subappaltatore** (vedi indicazione terna)

che rispetto all'art. 38 l previgente, integra il catalogo

✓ **DEI REATI**

- (come la fattispecie di **associazione a delinquere** finalizzata al traffico di stupefacenti, al **contrabbando di tabacchi** e al traffico di **rifiuti**; una numerosa serie di reati contro la pubblica amministrazione; delitti di **terrorismo**, anche internazionale; **impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita e autoriciclaggio**; finanziamento del terrorismo; **sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di persone**).

## ***Motivi di esclusione - 2/2***

NB: la **norma di chiusura**, come osservato dal Consiglio di Stato, corrisponde l'ultima lettera del co. 1, che recita:

– ***“g) ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.”***

- ✓ **DEI SOGGETTI** sottoposti a controllo che determinano l'esclusione dalla gara dell'OE, in caso di condanna definitiva (o patteggiamento) emessa nei confronti del **titolare** o di soggetti, dotati di **poteri di rappresentanza (?)**, **direzione (?)** e **controllo** (commi 1 e 2).
- ✓ **DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE**, prevedendo il divieto di partecipazione dell'operatore economico si determini una:
  - situazione di **conflitto di interesse** (art. 42, co. 2), non risolvibile;
  - una **distorsione della concorrenza** derivante dal precedente coinvolgimento degli OE nella preparazione della procedura d'appalto (art. 67) non risolvibile con misure meno intrusive,
  - significativa carenza professionale (vedi avanti).

## ***Ipotesi di riammissione alla gara***

- ❖ In caso ricorrano motivi di esclusione l'OE può ricorrere all'istituto:
  - a) della **DISSOCIAZIONE dalla condotta penalmente sanzionata** (co. 3),
  - b) del **SELF-CLEANING** di derivazione comunitaria con cui nel caso in cui
    - a) la **pena detentiva inflitta ≤18 mesi ovvero**
    - b) sia stata riconosciuta l'**attenuante della collaborazione**,l'OE, o il subappaltatore, possono provvedere alla **dimostrazione di essere affidabili**, nonostante l'esistenza di motivi di esclusione (art. 80, co. 7). La **SA motiva perché non reputa sufficiente la prova** (co. 8).
- ❖ Laddove vi sia l'**incapacità di contrattare con la PA**:
  - a) è fissato un **TERMINE MASSIMO DI 5 ANNI** nei casi in cui la sentenza di condanna non fissi la **durata della pena accessoria dell'incapacità**;
  - b) l'incapacità
    - è **anticipata dalla riabilitazione**;
    - **non può superare la durata della pena principale** (co. 10).

## Significativa carenza professionale

- ❖ Nel caso in cui la SA **DIMOSTRI CON OGNI MEZZO** che l'OE si sia reso **colpevole di gravi illeciti professionali**, tali da rendere **DUBBIA LA SUA INTEGRITÀ O AFFIDABILITÀ**, l'art. 80, co. 5, lett. "c"; ricomprende:
- a) *"significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione"* che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni.
  - b) *"il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale"* della SA o di "ottenere informazioni riservate" a proprio vantaggio;
  - c) *"il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti"* suscettibili di influenzare le decisioni della SA,
  - d) *"l'omettere le informazioni dovute"* ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione".

## Reati Professionali

- ❖ Considerata la portata innovativa dell'art. 80 del Codice, lo stesso articolo consente all'ANAC di emettere sul comma 5, lett. C), apposite **linee guida** (entro 90 giorni), in cui preciserà quali sono i mezzi di prova adeguati a dimostrazione della sussistenza del motivo di esclusione.
- ❖ Nel frattempo, l'Autorità con **COMUNICATO DEL 16 MAGGIO 2016** ha:
  - **aggiornato i singoli riferimenti in materia di trasparenza** con riferimento alle informazioni (ostative alla partecipazione) per le quali è previsto, a carico della SA, l'obbligo di comunicazione all'ANAC,
  - **ha specificato** che possono rilevare quale causa di esclusione ex art. 80, co. 5, lett. c) i **REATI COMMESSI NELL'ESERCIZIO DELL'ATTIVITÀ PROFESSIONALE** idonei a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità dell'esecutore (*cfr. parere Cons. di Stato, 1° aprile 2016, n. 855, in merito alla necessità di una norma di chiusura*).

## ***Procedimento sanzionatorio***

- **elaborato una Tabella di corrispondenza tra le singole cause ostative** dell'articolo 80 del nuovo codice dei contratti e l'articolo 38 dell'abrogato D.lgs. n. 163/2006, specificando che le indicazioni riportate nella Tabella citata valgono anche per le ipotesi di
  - ✓ **utilizzo del sistema AVCpass e**
  - ✓ **comunicazione delle informazioni relative alla perdita/riacquisto dei requisiti generali**, che l'operatore economico deve effettuare ai sensi degli artt. 74, comma 6, ed 8, comma 5, del d.p.r. 207/2010.
- **precisato** che fino all'adozione delle linee guida sul sistema di qualificazione previste dall'art. 83, comma 2, **l'omissione della segnalazione nei termini previsti comporta l'avvio di un procedimento sanzionatorio** ex art. 213, co. 13, del Codice.

## ***Impresa fallita o in concordato***

- ❖ L'**IMPRESA FALLITA** non è più sempre esclusa, poiché il curatore, autorizzato all'**esercizio provvisorio**, come l'impresa **AMMESSA AL CONCORDATO CON CONTINUITÀ AZIENDALE**, su autorizzazione del giudice delegato, sentita l'ANAC, possono:
  - **partecipare a procedure di affidamento** di concessioni e ovvero essere affidatario di subappalto;
  - **eseguire i contratti già stipulati** (art. 110, co. 3).
- ❖ Tuttavia se l'impresa:
  1. **non è in regola con i versamenti** dei contributi o con le **retribuzioni** o
  2. non ha i **requisiti aggiuntivi** di cui alle emanande Linee guida **ANAC**, quest'ultima può **subordinare la partecipazione all'individuazione di un'impresa ausiliaria garante** (art. 110, c. 5).

## ***Violazioni tributarie***

- ❖ La stessa ***ratio di favor*** per il concorrente è applicata se questi:
  - a) abbia commesso **violazioni gravi, definitivamente accertate**, ovvero contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione, rispetto agli obblighi relativi al **pagamento delle IMPOSTE E TASSE** o i **CONTRIBUTI PREVIDENZIALI**,
  - b) abbia **ottemperato** ai suoi obblighi pagando o **impegnandosi in modo vincolante a pagare** le imposte o i contributi previdenziali dovuti (compresi eventuali interessi o multe), prima della scadenza del **termine per la presentazione della domanda** di ammissione alla gara (art. 80, co. 4).
- ❖ **Confermato** la rilevanza per i tributi della soglia di **10.000 euro**.
- ❖ **Errato il rimando all'art. 8** del decreto sul Durc, è riferito alle violazioni che riguardano **illeciti penali** (artt. 437, 589, 2° co, 590, 3° co.), illeciti in materia di salute e sicurezza sul Lavoro, di immigrazione e di lavoro nero, non connesse alla materia contributiva e previdenziale, ma altre violazioni non regolarizzabili

## ***Mezzi di prova***

- ❖ L'art. 86 prevede la possibilità per le SA di **acquisire mezzi di prova circa i motivi di esclusione** (ex art. 80), in capo agli OE e possono esigere, come mezzo di prova attestante il possesso del requisito di **REGOLARITÀ FISCALE** richiesto dall'art. 80 *“apposita certificazione rilasciata dall'Amministrazione fiscale competente”*.
  - *(Il Consiglio di Stato ha criticato tale disposizione, laddove “esigendo un'apposita certificazione dell'amministrazione fiscale, **aggrava gli oneri documentali” posti a carico degli OE**, i quali devono preventivamente ottenere dall'Amministrazione finanziaria la documentazione attestante la regolarità tributaria)*
- ❖ Si prevede la possibilità di verificare l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80, comma 4 (regolarità contributiva) tramite il **DURC**.
  - *(Nella disposizione è assente l'acquisizione d'ufficio ormai prevista per legge, del Durc on Line – che non permette di verificare la veridicità dell'autodichiarazione resa dall'OE - e il richiamo alle Casse Edili tra gli istituti deputati al rilascio).*

## DGUE

- ❖ L'articolo introduce il documento di gara unico europeo (DGUE), il quale consiste in un'**autodichiarazione valevole come prova documentale** preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi, in cui si conferma che l'operatore economico soddisfa una serie di condizioni (la norma richiama in particolare l'assenza di motivi di esclusione e il soddisfacimento dei criteri di selezione-qualificazione) e con cui sono rese le informazioni rilevanti richieste dalla stazione appaltante.
- ❖ Il DGUE è fornito **esclusivamente in forma elettronica a decorrere dal 18 aprile 2018**, ed è redatto in conformità al **modello di formulario adottato con Regolamento della Commissione Europea n. 7 /2016**.
- ❖ Inoltre, il DGUE consiste altresì in un'**autodichiarazione aggiornata in materia contributiva**. Infatti, la lett. a) dello stesso comma prevede che l'operatore economico non debba trovarsi in una delle situazioni di cui all'art. 80, comprensivo, al comma 4, delle regolarità contributiva.

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

# **LA QUALIFICAZIONE**

## ***Criteri di selezione***

- ❖ L'art. 83 presenta un **contenuto piuttosto eterogeneo**, comprendendo al suo interno la disciplina di diversi profili della procedura.
- ❖ Per quanto riguarda i lavori 2, prevede specifiche **LINEE GUIDA DELL'ANAC** - da **adottare entro 1 anno dall'entrata in vigore del Codice**, previo parere favorevole delle competenti Commissioni parlamentari - a disciplinare nel dettaglio il sistema di qualificazione, regolando anche i casi e le modalità di avvalimento, i requisiti del concorrente e la relativa documentazione richiesta a comprova degli stessi (co. 2).
- ❖ Le suddette linee guida **devono favorire l'accesso** al mercato da parte **delle microimprese e delle piccole e medie imprese**.
- ❖ Fino all'entrata in vigore di tali linee guida, continuano ad applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni sulla qualificazione di cui alla Parte II, titolo III e relativi allegati del D.P.R. n. 207/2010.

## Servizi e forniture

- ❖ Per gli appalti di servizi e forniture, la SA indica nel bando di gara i **REQUISITI ECONOMICO FINANZIARI**, prevedendo :
  - a) un **fatturato minimo annuo** e fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto, che - salvo casi motivati - **non può comunque superare il doppio** del valore stimato dell'appalto,
  - b) informazioni riguardo ai loro **conti annuali** che evidenzino in particolare i **rapporti tra attività e passività**,
  - c) adeguata **copertura assicurativa** contro i rischi professionali.
- ❖ Nelle procedure d'appalto per forniture che necessitano di **lavori di posa in opera** o di **installazione**, servizi o lavori, la capacità professionale degli OE di fornire tali servizi o di eseguire l'installazione o i lavori è **valutata con riferimento alla loro competenza, efficienza, esperienza e affidabilità**.

## ***Soccorso istruttorio***

- ❖ Il soccorso istruttorio (art. 83, co. 9) trova applicazione in caso di carenze di **“QUALSIASI ELEMENTO FORMALE DELLA DOMANDA”**, degli elementi e del **documento di gara unico europeo** obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della SA, di una **sanzione pecuniaria** (art. 83, co. 9).
- ❖ La sanzione pecuniaria si è ridotta di entità: 5.000 euro (prima 50 mila euro) e il pagamento:
  - è ***dovuto esclusivamente in caso di regolarizzazione*** e deve essere accompagnata dalla quietanza di pagamento della sanzione (comma 9).
  - ***NON è dovuto in caso di irregolarità formali*** e incompletezza di dichiarazioni non essenziali, da regolarizzate, sia pure gratuitamente.
- ❖ Le **“irregolarità essenziali non sanabili”** vengono identificate nelle carenze della documentazione **che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.**

## ***Sistema di premialità e penalità***

- ❖ E' istituito presso l'ANAC un **SISTEMA DI RATING DI IMPRESA** e delle relative **premialità-penalità**, per il quale l'ANAC rilascia apposita certificazione.
- ❖ Il suddetto sistema esprimerà, di fatto, **il curriculum e la storia di ogni impresa**, i suoi **precedenti lavori**, gli **eventuali ritardi**, i **contenziosi**, il rispetto dei **costi**, le irregolarità nei **pagamenti dei contributi previdenziali** (con riferimento ai tre anni precedenti).
- ❖ Il sistema tiene conto altresì del **rating di legalità**, rilevato dall'ANAC in collaborazione con l'Antitrust e delle di misure sanzionatorie nei casi di omessa denuncia delle richieste estorsive e corruttive.
- ❖ Per i lavori, il possesso del rating rilasciato dall'ANAC viene **attestato dalla SOA** (art. 84, comma 4, lett. d)
- ❖ L'Anac entro tre mesi regola il sistema con apposite linee guida.

## Sistema SOA

- ❖ E' mantenuto un **SISTEMA UNICO DI QUALIFICAZIONE SOA** (società organismi di attestazione) per i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro (comma 1) che attesta il possesso dei **requisiti speciali di qualificazione** di cui all'art. 83, secondo un'articolazione per tipologie e importo per 5 anni, con verifica entro il terzo anno (commi 5 e 11).
- ❖ Rilevante elemento di novità è contenuto nella lettera "d" del comma 4, che aggiunge il **rating d'impresa** (art. 83, comma 10), certificato dall'ANAC, ai requisiti di carattere generale (lett. "a", così come indicati dall'art. 80 del presente Codice), ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionali (lett. "b", indicati all'art. 83) nonché quello del possesso della certificazione di qualità (lett. "c") già oggetto di attestazione da parte della SOA.
- ❖ Le SOA devono effettuare **controlli di natura non meramente documentale** sui requisiti di qualificazione.

## *Lavori over 20 milioni*

- ❖ Nello schema di decreto è stata prevista una qualificazione rafforzata e facoltativa per le SA, che possono richiedere in aggiunta alla SOA:
  - **parametri economici**, certificati da società di revisione, che indichino in modo inequivocabile l'**esposizione finanziaria** dell'impresa al momento della gara; in alternativa, può essere richiesta al concorrente la dimostrazione, nel **triennio antecedente**, di una **cifra in lavori pari a 2 volte l'importo posto a base di gara**;
  - **lavori analoghi, per entità e tipologia**, a quelli compresi nella categoria individuata come prevalente, laddove di **importo superiore a 100 milioni di euro**.
- ❖ Anche per questo sistema di qualificazione, concernente gli appalti di importo pari o superiore ai 20 milioni di euro, *per l'applicazione di tale disposizione*, sembrano necessarie linee guida ANAC

## ***Lavori subappaltati***

- ❖ Sempre riguardo alla qualificazione delle imprese, si evidenzia un richiamo alla SOA previsto all'art. 105, comma 22.
- ❖ Nel comma sopra citato è precisato che le stazioni appaltanti rilasciano i certificati necessari per la qualificazione all'appaltatore **“scomputando dall'intero valore dell'appalto il valore e la categoria di quanto eseguito attraverso il subappalto”**.
- ❖ Nel nuovo Codice, viene quindi negato il cd. “premio di coordinamento” che, ai sensi di tutta la previgente disciplina, spettava all'appaltatore (cfr. in ultimo art. 84 del D.P.R. 207/2010).
- ❖ *E' negativa la previsione che, ai fini qualificatori, non riconosce più il premio di coordinamento all'appaltatore sulle opere subappaltate.*

## ***Test stress sulle SOA***

- ❖ **RICOGNIZIONE STRAORDINARIA** sul possesso dei requisiti di esercizio dell'attività di qualificazione, che l'ANAC dovrà effettuare entro 3 mesi dall'entrata in vigore del Codice, da relazionare al Governo e al Parlamento (comma 3);
- ❖ **DECRETO DEL MIT SU MODALITÀ DI QUALIFICAZIONE**, anche alternative rispetto alla SOA , su proposta ANAC, sentite le Commissioni parlamentari, entro un anno (co. 3);
- ❖ **OBBLIGO DELLE STAZIONI APPALTANTI DI EFFETTUARE CONTROLLI**, almeno a campione, sulla sussistenza dei requisiti oggetto dell'attestazione, segnalando immediatamente le eventuali irregolarità riscontrate all'ANAC, che dispone la sospensione cautelare dell'attestazione entro 10 giorni (comma 5);
- ❖ **PUBBLICAZIONE SUL SITO DELL'ANAC DEI CONTROLLI A CAMPIONE** effettuati annualmente sulle attestazioni rilasciate dalla singola SOA (comma 8).
- ❖ **SISTEMA SANZIONATORIO POSTO** nel caso in cui le SOA non osservino le disposizioni contenute nelle linee guida (comma 9).

## ***Transitorio qualificazione***

- La qualificazione delle imprese, nell'attesa che vengano adottate dall'ANAC le linee guida è in buona parte **DISCIPLINATA DAL REGOLAMENTO** per quanto **compatibile con il nuovo Codice** (vedi SOA, gare per importi inferiori a 150.000 mila euro o raggruppamenti temporanei, di cui all'art. 216, co.16), tuttavia, **non rimane in vigore** l'articolo 357 del Regolamento, compreso nella Parte VII, che consente, ad es., di:
  - utilizzare i **migliori cinque anni su dieci** per gli appalti oltre 20 mln milioni,
  - mantenere un **direttore tecnico in deroga**, laddove già iscritto nell'albo nazionale dei costruttori, indipendentemente dal titolo professionale posseduto nonché
  - suddividere in percentuali specifiche della categoria **OG 11** e più in generale sulla **riemissione dei CEL**.
- ❖ Sono abrogate **NORME DEL CODICE**, ma ad esempio non sono chiariti all'art. 47 i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per qualificare i **consorzi stabili e non è prorogato il decennio per la qualificazione**.

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

# **IL SUBAPPALTO**

## *L'istituto del subappalto*

- ❖ Il subappalto (art. 105, co. 1) è il **contratto** con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto dell'appalto (co. 1), tale facoltà:
1. deve essere **ESPRESSAMENTE PREVISTA NEL BANDO** di gara anche limitatamente a singole prestazioni e, per i lavori, sia indicata la categoria o le categorie per le quali è ammesso il subappalto (co. 4),
  2. deve essere **richiesta all'atto dell'offerta ed essere autorizzata dalla SA, previa dimostrazione dei requisiti del subappaltatore** (co. 4)
  3. è limitata nella percentuale del **30% DELL'IMPORTO COMPLESSIVO DEL CONTRATTO** (co. 2),
  4. è limitata a il **30% DELLE CATEGORIE CD. SIOS** d'importo superiore al 10% (con conseguente obbligo di ATI verticale), per le quali non è ammesso neanche l'avvalimento (comma 5).

...continua

## Terna

### 5. deve indicare una **TERNA DI NOMINATIVI**:

- ✓ negli appalti di importo  $\geq$  **soglie comunitarie** e per i quali **non sia necessaria una particolare specializzazione** (co.6)
- ✓ Laddove la SA l'abbia previsto nel bando o nella lettera d'invito.

- ❖ *L'indicazione di una **terna di subappaltatori** solleva notevoli perplessità, soprattutto in ragione del **lasso di tempo** che può intercorrere tra l'aggiudicazione e l'esecuzione dei lavori in subappalto. La direttiva 2014/24/UE inserisce l'obbligo di indicare i nominativi dei subappaltatori **dopo l'aggiudicazione** dell'appalto e, al più tardi, **all'inizio dell'esecuzione del contratto***
- ❖ *Il limite complessivo al subappalto del **30%** appare **eccessivamente stringente** incide sulla struttura aziendale delle imprese e sulla loro organizzazione.*
- ❖ *La **reintroduzione del divieto di subappalto per le opere superspecializzate**, che, oltreché in violazione dei precetti comunitari in materia di raggruppamenti, appare foriera di forti **restrizioni del concorrenza**, ciò a favore di pochissimi soggetti.*

## ***Oneri appaltatore***

- ❖ L'appaltatore relativamente ai subappaltatori:
  - **dimostra l'assenza dei motivi di esclusione** (ex art. 80).
  - **trasmette altresì la certificazione** attestante il possesso da parte del subappaltatore dei **requisiti di qualificazione** (co.7).
  - **deposita**, assieme i piani operativi di sicurezza (**POS**) redatti dai subappaltatori, **presso la SA** assieme alla **documentazione tecnica, amministrativa e grafica** derivata dagli atti del contratto affidato, **indica puntualmente** l'ambito operativo del subappalto in **termini prestazionali ed economici** (co. 7).
  - **applica** al subappaltatore **un ribasso sui prezzi** entro il **LIMITE DEL 20%** (comma 14), che comunque non può incidere:
    - ✓ sui **COSTI DELLA SICUREZZA** e **DELLA MANODOPERA**, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, perché devono esse corrisposti direttamente alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso

# ***Attività che non costituiscono subappalto***

## ❖ **Non sono subappalto**

1. le **forniture senza prestazione di manodopera**,
2. le **FORNITURE CON POSA IN OPERA** e i **NOLI A CALDO**:
  - ✓ se singolarmente di importo < **2%** dell'importo delle prestazioni affidate o di importo < **100.000 euro ... e (?)**
  - ✓ qualora l'**incidenza del costo della manodopera** e del personale **non** sia > **50%** dell'importo del contratto da affidare (art. 105, co. 2).

## ❖ **Nonché, non è 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 di importo inferiore a 20.000,00 euro annui a **imprenditori agricoli** nei comuni classificati totalmente montani (art. 105, co. 3).

## Pagamento diretto ai subappaltatori

- ❖ Le SA possono corrispondere, ex art. 105, co. 13, direttamente al subappaltatore, al cottimista e al prestatore di servizi e al fornitore di beni o lavori, l'importo dovuto agli stessi eseguite:
  - a. quando il subappaltatore o il cottimista è una **microimpresa o piccola impresa**;
  - b. in caso di **inadempimento** dell'appaltatore;
  - c. su **richiesta del subappaltatore** e se la natura del contratto lo consente.
- ❖ E' prevista l'**eliminazione della responsabilità solidale** retributiva e contributiva dell'appaltatore nei confronti del subappaltatore in caso di pagamento diretto, nei soli casi di cui alle ipotesi a) e c).
  - *(Analoghe previsioni sono contenute anche nell'art. 174, co. 5, in nell'esecuzione di concessioni dove, peraltro, l'esclusione dalla responsabilità solidale, nelle ipotesi di pagamento diretto dei subappaltatori, opera anche nei casi di inadempienza dell'appaltatore).*

# Obblighi retributivi e contributivi

- ❖ L'art. 105, co. 8, che, 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**, rinviando specificamente all'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003 (*cfr. sopra i casi di pagamento diretto*).
- ❖ Nonché, ex co. 9 e 10, i seguenti obblighi:
  - osservanza dei trattamenti previsti da norme e **contratti collettivi** (nazionale e territoriale),
  - trasmissione, tramite i subappaltatori e prima dell'inizio dei lavori, della documentazione attestante l'**iscrizione agli enti previdenziali e alla Cassa Edile** e l'**acquisizione d'ufficio del Durc** per i pagamenti delle prestazioni rese nell'ambito dell'appalto e del subappalto (previsioni queste già contenute nell'art. 118 del vecchio Codice).

*NB: Confermata la congruità dell'**incidenza della manodopera** relativa allo specifico contratto affidato attraverso il recepimento, da parte del Ministero del Lavoro, degli **accordi stipulati dalle parti sociali sul tema** (Co. 16).*

# **QUESITI O SUPPLEMENTO?**

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

# **PROCEDURE IN DEROGA**

## Settore dei Beni Culturali

- ❖ Gli articoli da **145 a 151** dettano la **disciplina generale relativa a contratti pubblici concernenti i beni culturali tutelati** ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, recante Codice dei beni culturali e del paesaggio.
- ❖ Per la qualificazione delle imprese che operano nel settore dei beni culturali, è previsto il possesso di **requisiti di qualificazione adeguati** ad assicurare la tutela del bene oggetto di intervento, individuati con **decreto del competente dal MiBACT**, di concerto con il MIT,
  - ✓ **specifici requisiti di qualificazione** riguardanti i **direttori tecnici** e **degli esecutori dei lavori** e
  - ✓ le **modalità di verifica** ai fini dell'attestazione (art. 146, co. 4).
- ❖ Il **decreto del MiBAC** deve essere emanato entro **6 mesi** dalla data di entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici.

## ***Decreto per la qualificazione***

- ❖ Ai fini della valutazione della qualificazione del concorrente, l'art. 146 prevede che - considerata la specificità del settore - nei beni culturali:
  1. in sede di qualificazione, i lavori eseguiti, **utilizzabili unicamente dall'impresa che li ha effettivamente eseguiti, non sono condizionati da criteri di validità temporale** (comma 2);
  2. in gara, **non trova applicazione l'istituto dell'avvalimento** (artt. 89 e 146, co. 3).
    - *(NB: per la prima volta è presente una previsione consente all'operatore economico di utilizzare in sede di qualificazione l'esperienza maturata, senza più che questa possa essere limitata all'interno di uno spazio temporale, quinquennio, decennio o ventennio che sia).*
- ❖ Sono introdotte **forme speciali di partenariato**, da attivare da parte del Ministero dei beni culturali con enti e organismi pubblici e con soggetti privati, dirette a consentire, **anche mediante concessione**, il recupero, il restauro, la manutenzione programmata, la gestione, **anche con finalità di ricerca scientifica** (comma 3).

## ***Affidamento dei contratti***

- ❖ Per lavori concernenti beni tutelati (art. 148):
  - salvo che per eccezionali esigenze, motivatamente accertate dal responsabile del procedimento, non lo rendano impossibile, per tali interventi è **vietato l'affidamento congiunto con lavori afferenti a categorie di opere generali e speciali**; ciò indipendentemente da qualsiasi valutazione di opportunità o convenienza della stazione appaltante (comma 1);
  - le lavorazioni suddette specialistiche **non possono essere assorbite in altra categoria o essere omesse nell'indicazione delle lavorazioni di cui si compone l'intervento**, indipendentemente dall'incidenza percentuale che il valore degli interventi di tipo specialistico assume rispetto all'importo complessivo (comma 2).
  - la stazione **appaltante può motivatamente applicare la disciplina degli appalti di servizi o di forniture**, indipendentemente dall'importo dei lavori; ciò tagliando fuori le imprese di lavori, seppure limitatamente agli allestimenti di istituti e luoghi della cultura e alla **manutenzione o al restauro di giardini storici**.

## ***Contratti secretati e di somma urgenza***

- ❖ La **disciplina dei contratti di lavori, servizi e forniture secretati** o la cui esecuzione esige **PARTICOLARI MISURE DI SICUREZZA**, evidenzia maggiori controlli da parte della **Corte dei Conti** e l'**istituzione di un ufficio**, che esercita il **controllo preventivo** sulla legittimità e sulla regolarità dei contratti nonché sulla **regolarità, correttezza ed efficacia della gestione** (art. 162, co. 5).
- ❖ In **circostanze di SOMMA URGENZA** (non ammessa per appalti sopra soglia) il **RUP** o il **tecnico**, che si reca **per primo sul luogo**, può affidare ad uno o più operatori, previa indicazione dei motivi dello stato di urgenza,
  - **l'immediata esecuzione dei lavori entro il limite dei 200.000 euro** o di quanto indispensabile per rimuovere lo **stato di pregiudizio** alla pubblica incolumità, in quest'ultimo caso per massimo 30 giorni (art 163).
  - Costituisce circostanza di somma urgenza anche il **verificarsi**, ovvero la **ragionevole previsione di un imminente verificarsi**, degli eventi di cui all'art. 2, co. 1 della L. n. 225/1992, ossia le **situazioni fronteggiabili con interventi di protezione civile** (art. 163, co. 6).

# QUESITI