



ASSOCIAZIONE NAZIONALE
COSTRUTTORI EDILI

NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

ANALISI DELLE PRINCIPALI NOVITÀ

BARI
7 giugno 2016

Avv. Francesca Ottavi – Direzione Legislazione Opere Pubbliche

In attuazione della legge delega n. 11/2016 è stato adottato **il decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016**, recante “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”.

Il provvedimento costituisce **il nuovo Codice dei contratti pubblici per lavori, servizi, forniture**.

Il decreto è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 91 del 19 aprile 2016 – S.O. n. 10, ed è entrato in vigore il giorno dopo la pubblicazione **(vedi comunicato ANAC 11 maggio 2016)**

Il Governo, in conformità alle diverse opzioni previste dalla legge delega, ha scelto la strada dell'adozione di un **unico decreto legislativo**. Il nuovo Codice, quindi, assicura, contemporaneamente, sia il corretto recepimento delle direttive UE, sia il riordino complessivo della normativa di settore.

Entro un anno dalla data di entrata in vigore del suddetto decreto, il Governo potrà adottare eventuali decreti correttivi.

La nuova disciplina non prevede un regolamento di attuazione.

Al contempo, il **Regolamento 207/2010 verrà progressivamente abrogato**. Al suo posto, saranno adottati molteplici atti attuativi, costituiti da linee guida Anac e decreti ministeriali, che definiranno la disciplina di dettaglio di molti e rilevanti istituti del codice.

Alle linee guida Anac, ad esempio, è attribuito il compito di regolamentare la qualificazione delle imprese e delle stazioni appaltanti, il sistema di rating reputazionale, gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria e la gestione dell'Albo dei commissari.

Gli atti attuativi non saranno emanati immediatamente

In particolare, è prevista l'ultra-vigenza di ampie parti del Regolamento 207/2010, fino a quando non vedranno la luce i provvedimenti di attuazione sostitutivi. Questi ultimi, peraltro, dovranno effettuare una precisa ricognizione delle norme che intendono abrogare. Alcune parti specifiche del Regolamento - e il previgente Codice - sono, invece, immediatamente abrogate.

Prima analisi delle principali novità e/o criticità di interesse per il settore dei lavori pubblici.

PRINCIPALI OBIETTIVI DELLA RIFORMA

- **RAZIONALIZZAZIONE, SEMPLIFICAZIONE** della normativa e delle procedure
- Maggiore tutela della **TRASPARENZA, CONCORRENZA E LEGALITA'**
- **MIGLIORE QUALIFICAZIONE** di tutti i soggetti coinvolti (imprese, progettisti, stazioni appaltanti)
- Aumento della **DISCREZIONALITA'** in capo alle stazioni appaltanti (visione comunitaria)

PUNTI CHIAVE DELLA RIFORMA

- 1) DIBATTITO PUBBLICO (ART. 22)
- 2) ANTICIPAZIONE DEL CORRISPETTIVO (ART. 35)
- 3) DISCIPLINA DEGLI APPALTI SOTTOSOGLIA (ART. 36)
- 4) QUALIFICAZIONE E AGGREGAZIONE DELLE STAZIONI APPALTANTI (ARTT 36,37)
- 5) DIVIETO DI APPALTO INTEGRATO (ART.59)
- 6) NOMINA ESTERNA DEI COMMISSARI DI GARA NELL'OEPV (ARTT 77/78)
- 7) MOTIVI DI ESCLUSIONE (ART. 80)
- 8) SOCCORSO ISTRUTTORIO (ART. 83, COMMA 5)
- 9) AVVALIMENTO (ART. 89)
- 10) SISTEMA DELLE GARANZIE (ARTT. 93, 103 E 104)
- 11) CRITERI DI AGGIUDICAZIONE (ARTT. 95 E 97)
- 12) SUBAPPALTO
- 13) NUOVO RUOLO DELL'ANAC (ART. 211, 213)
- 14) AMBITO TEMPORALE DI APPLICAZIONE: REGIME TRANSITORIO E ABROGAZIONI (ARTT. 216, 217)

Art. 22 – Dibattito Pubblico

Il dibattito pubblico per la realizzazione delle opere infrastrutturali è collocato negli articoli dedicati alla fase di programmazione dei contratti pubblici e progettazione (artt. 21-27), che apportano innovazioni particolarmente rilevanti ai fini dell'affidamento e della messa a gara dei progetti.

Lo stesso articolo prevede, ai commi 2 e seguenti, che con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottarsi entro un anno dalla data di entrata in vigore del nuovo Codice, sono fissati i criteri per l'individuazione delle grandi opere suddette, per le quali è obbligatorio il ricorso alla procedura di dibattito pubblico. Nello stesso provvedimento sono altresì definite le modalità di svolgimento e il termine di conclusione della medesima procedura.

Gli esiti del dibattito pubblico e le osservazioni raccolte sono valutati in sede di predisposizione del progetto definitivo e sono discusse in sede di conferenze di servizi relative all'opera sottoposta al dibattito pubblico.

In particolare, l'articolo 22, al comma 1, prevede, a favore di una maggiore trasparenza, che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori debbano provvedere, nel proprio profilo committente, alla pubblicazione dei progetti di fattibilità relativi ai grandi progetti infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto su ambiente, città o territorio, nonché degli esiti della consultazione pubblica comprensivi dei resoconti degli incontri con i portatori di interesse.

Valutazione associativa

Positiva, in un'ottica di deflazione del contenzioso e, quindi, di accelerazione nella realizzazione delle opere che servono all'ammodernamento del Paese.

Art. 23 – Livelli della Progettazione

Nel caso di appalti e concessioni di lavori, l'articolo 23 prevede un'articolazione su 3 livelli di progettazione:

- 1) **progetto di fattibilità tecnica ed economica,**
- 2) **progetto definitivo;**
- 3) **progetto esecutivo.**

La nuova denominazione utilizzata **per il primo livello di progettazione sostituisce la progettazione preliminare, prevista nella precedente disciplina.**

Per quanto riguarda la progettazione definitiva ed esecutiva, la disposizione prevede che debbano essere svolte preferibilmente dal medesimo soggetto, al fine di garantire una complessiva omogeneità e coerenza della progettazione (comma 12).

Al fine di dare un maggiore contenuto ai tre livelli progettuali, viene prevista, poi, la successiva adozione di un **decreto del Ministero delle infrastrutture**, con riferimento al quale, tuttavia, manca qualsiasi termine (comma 3); nelle more della sua adozione continueranno ad applicarsi le pertinenti disposizioni del D.P.R. 207/2010 (*cfr.* analisi dell'art. 216).

IL BIM

Con particolare riferimento alle nuove opere e agli interventi di recupero e riqualificazione o varianti, che riguardino prioritariamente lavori complessi, è previsto che le stazioni appaltanti possano richiedere il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici, quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture, nell'ambito dei quali è incluso anche l'uso del **Building Information Modeling - BIM** (comma 13). Tale uso può essere richiesto soltanto dalle stazioni appaltanti dotate di personale adeguatamente formato.

Anche in questo caso, per le modalità ed i tempi di progressiva introduzione dell'obbligatorietà dei suddetti metodi, è fatto **rinvio ad un apposito decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti**, da emanarsi entro il 31 luglio 2016. L'obbligatorietà sarà valutata in relazione alla tipologia delle opere e alla strategia di digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche e del settore delle costruzioni.

In ogni caso, l'utilizzo di dette metodologie costituisce elemento premiante ai fini della qualificazione della stazione appaltante (comma 13, con riferimento all'art. 38).

Art. 30 – Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni

Applicazione del contratto collettivo al personale impiegato negli appalti di lavori e nelle concessioni.

Come richiesto dall'ANCE è stato specificato, al comma 4, **il richiamo al contratto collettivo nazionale e territoriale stipulato dalle associazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative e il cui ambito di applicazione è strettamente connesso con l'attività, oggetto dell'appalto o della concessione, svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.**

Valutazione associativa

Positiva Si considera tale previsione di estrema importanza, e frutto dell'azione svolta dall'ANCE, per eliminare quei fenomeni elusivi della leale concorrenza che si sostanziano nell'applicazione di contratti collettivi diversi da quello dell'edilizia, apparentemente più vantaggiosi dal punto di vista economico per le imprese

Art. 32 – Fasi delle procedure di affidamento

Viene introdotta una innovazione terminologica nella definizione delle fasi di aggiudicazione.

In particolare, **l'aggiudicazione provvisoria** sembra assumere una nuova denominazione, **ossia “proposta di aggiudicazione”**. Quest'ultima, una volta sottoposta alla verifica ai sensi dell'articolo 33, comma 1, assume la denominazione di **“aggiudicazione”** (che verosimilmente corrisponde alla vecchia aggiudicazione definitiva).

Infine, **l'aggiudicazione diviene efficace dopo la verifica del possesso dei requisiti da parte dell'aggiudicatario**.

Al di là della differenza nella terminologia usata, nella sostanza, le fasi per giungere all'aggiudicazione restano tre.

Valutazione associativa

Negativa. Non viene superata, nella sostanza, l'attuale impostazione “trifasica” dell'aggiudicazione (provvisoria, definitiva e definitiva efficace), che allunga i tempi di affidamento del contratto, ripristinando un'impostazione “bifasica” (provvisoria e definitiva).

Art. 35 – Anticipazione del corrispettivo

Il comma 18 della disposizione introduce, a regime, l'istituto dell'anticipazione del corrispettivo pari al **20% sul valore stimato dell'appalto**.

L'anticipazione deve essere corrisposta entro 15 giorni dall'effettivo inizio dei lavori, previa costituzione di idonea garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa, e viene recuperata progressivamente da parte della stazione appaltante.

L'appaltatore **decade dall'anticipazione**, con obbligo di restituzione, **se l'esecuzione dei lavori non procede, per ritardi a lui imputabili**, secondo i tempi contrattuali. Sulle somme restituite sono dovuti gli interessi legali con decorrenza dalla data di erogazione dell'anticipazione.

Valutazione associativa

Positiva. L'introduzione a regime dell'anticipazione, fortemente auspicata dall'ANCE, consente alle imprese di disporre delle risorse finanziarie necessarie a dare avvio al cantiere e di onorare puntualmente i propri impegni nei confronti dei dipendenti e dei fornitori, ricorrendo solo in minima parte al difficile e costoso credito bancario.

Art. 36 – Contratti sotto soglia

a) Procedure di affidamento ed esecuzione di lavori

L'articolo 36 disciplina l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture "sotto soglia", cioè di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria.

La previsione in commento apporta notevoli cambiamenti rispetto a quella prevista dal D.lgs. n. 163/2006.

Fatta salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori di importo inferiore alle soglie secondo modalità differenziate per classi di importo, come riportato nello schema seguente

LAVORI

Importo del contratto (in euro)	Modalità di affidamento
inferiore a 40.000	Affidamento diretto, adeguatamente motivato o per i lavori in amministrazione diretta
pari o superiore a 40.000 e inferiore a 150.000	Affidamento mediante procedura negoziata, previa consultazione, ove esistenti, di almeno 5 operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, con rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura negoziata previa consultazione di cui sopra
pari o superiore a 150.000 e inferiore a 1 milione	Affidamento mediante procedura negoziata, con consultazione di almeno 10 operatori economici, ove esistenti, con rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici (per tutti i lavori)
pari o superiore a 1 milione	Affidamento mediante procedure ordinarie

Inoltre, **è venuta meno la procedura ristretta semplificata**, di cui all'articolo 123 del previgente Codice.

Il comma 5 della norma in commento, poi, prevede che, ai fini dell'aggiudicazione degli affidamenti di importo inferiore a **40.000 euro o di importo compreso fra 40.000 e 150.000 euro**, **le stazioni appaltanti verificano esclusivamente i requisiti di carattere generale mediante consultazione della Banca dati nazionale degli operatori economici**.

Le stazioni appaltanti **devono verificare il possesso dei requisiti economico finanziari e tecnico professionali richiesti nella lettera di invito o nel bando di gara**.

Nel caso in cui la stazione appaltante **abbia fatto ricorso alle procedure negoziate**, il comma 6 prevede che **la verifica dei requisiti** ai fini della stipula del contratto **debba avvenire esclusivamente sull'aggiudicatario**, sebbene la stazione appaltante possa estendere le verifiche anche agli altri partecipanti.

Il medesimo comma stabilisce, altresì, che per lo svolgimento di tutte le procedure di cui all'art. 36 le stazioni appaltanti possono procedere attraverso **un mercato elettronico** che consenta acquisti telematici basati su un sistema che attua procedure di scelta del contraente con modalità elettroniche; a tal fine, il Ministero dell'economia e delle finanze, avvalendosi di Consip, mette a disposizione delle stazioni appaltanti il mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni.

Il comma 7 prevede, peraltro, che sarà **l'ANAC, con proprie linee guida da adottare entro novanta giorni dall'entrata in vigore del Codice, a stabilire la disciplina attuativa per tale tipologia di appalti**, individuando le modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure, delle indagini di mercato e per gestire gli elenchi degli operatori economici **(consultazione ANAC in corso)**.

Fino all'entrata in vigore di dette linee guida, troverà applicazione l'art. 216, comma 9, del Codice, a norma del quale le indagini di mercato dovranno essere effettuate dalle stazioni appaltanti mediante avviso pubblico sul profilo del committente per un periodo non inferiore a quindici giorni, specificando i requisiti minimi dei soggetti che si intendono invitare, ovvero mediante selezione dai vigenti elenchi di operatori economici utilizzati dalle stazioni appaltanti, se compatibili con il Codice.

Opere a scomputo

L'art. 36 del Codice contiene anche le norme sulla realizzazione **delle opere a scomputo di importo inferiore alla soglia comunitaria** prevedendo che:

- si applica la procedura ordinaria con pubblicazione di avviso o bando di gara (comma 3). Si evidenzia che la norma è il risultato di una espressa condizione contenuta in entrambi i pareri di Camera e Senato, mentre nei testi antecedenti si prevedeva, su specifica proposta dell'ANCE e in continuità con il D.lgs. 163/2006, la *“procedura negoziata senza pubblicazione, previa consultazione di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti”*;
- per le opere di urbanizzazione primaria (di importo inferiore alla soglia comunitaria) funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio è confermata l'applicazione dell'art. 16, comma 2-bis del Dpr 380/2001 “Testo Unico Edilizia” e cioè l'esecuzione diretta da parte del titolare del permesso di costruire (comma 4).

Per le **opere “a scomputo” sopra soglia**, l’art. 1, comma 2, lett. e) del Codice riproduce in larga parte i contenuti dell’art. 32, comma 1, lett. g) del D.lgs. 163/2006 e disciplina il regime di realizzazione delle opere a scomputo di importo pari o superiore alla soglia comunitaria (art. 35: attualmente pari a 5.225.000 milioni/€), alle quali continuano a trovare applicazione le procedure ordinarie di gara.

Il comma 3 dell’art. 1 specifica che:

- ai soggetti che realizzano opere di urbanizzazione a scomputo non si applicano le norme in tema di programmazione dei lavori pubblici (art. 21), di avvisi di preinformazione (art. 70) e di incentivi per funzioni tecniche (art. 113);
- in relazione alla fase di esecuzione del contratto, si applicano esclusivamente le norme che disciplinano il collaudo.

Valutazione associativa

Negativa, per la previsione, introdotta a seguito della richiesta del Parlamento, in base alla quale anche per le opere a scomputo di importo inferiore alla soglia comunitaria trovano applicazione le procedure ordinarie di gara.

Art. 37- Aggregazioni e centralizzazione delle committenze

Gli articoli 37 e 38 delineano il nuovo sistema di aggregazione delle committenze e della correlata qualificazione delle stazioni appaltanti.

Anzitutto, l'art. 37 prevede, al comma 1, **modalità differenziate di acquisto di (beni, servizi e lavori pubblici) a seconda delle classi di importo degli affidamenti e del possesso, da parte delle stazioni appaltanti, della qualificazione disciplinata dal successivo art. 38, così schematizzabili:**

Stazione appaltante non qualificata LAVORI	
Importo del contratto (in euro)	Modalità di acquisizione
inferiore a 150.000	La stazione appaltante può procedere direttamente e autonomamente, nonché attraverso l'effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza (art. 37, co. 1, primo periodo)
pari o superiore a 150.000	La Stazione appaltante deve ricorrere a una centrale di committenza o procedere mediante aggregazione con una o più stazioni appaltanti aventi la necessaria qualifica (art. 37, co. 3)

Stazione appaltante qualificata LAVORI	
Importo del contratto (in euro)	Modalità di acquisizione
inferiore a 150.000	La Stazione appaltante qualificata può procedere direttamente e autonomamente, nonché attraverso l'effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza (art. 37, co. 1, primo periodo)
superiore a 150.000 e inferiore a 1 milione (solo per lavori di manutenzione ordinaria)**	La Stazione appaltante qualificata procede mediante ricorso autonomo agli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate (art. 37, co. 2, primo periodo). In caso di indisponibilità di tali strumenti anche in relazione alle singole categorie merceologiche, le stazioni appaltanti: - procedono mediante lo svolgimento di procedura ordinaria (art. 37, co. 2, secondo periodo); - oppure - ricorrono a una centrale di committenza o si aggregano con una o più stazioni appaltanti aventi la necessaria qualifica (art. 37, co. 2, secondo periodo)
Qualsiasi	La Stazione appaltante qualificata può procedere autonomamente o ricorrere ad una centrale di committenza qualificata ai sensi dell'articolo 38 (art. 37, co. 6)

**la norma non prevede il regime ordinario dei lavori d'importo pari a 150.000 euro

Il comma 4, riprendendo in parte la disciplina contenuta nel previgente D.lgs. n. 163/2006, stabilisce che, se la stazione appaltante è un **comune non capoluogo di provincia**, ferma restando le previsioni sopra illustrate, procede secondo una delle seguenti modalità:

- * ricorrendo a una centrale di committenza o a soggetti aggregatori qualificati;
- * mediante unioni di comuni costituite e qualificate come centrali di committenza, ovvero associandosi o consorziandosi in centrali di committenza nelle forme previste dall'ordinamento;
- * ricorrendo alla stazione unica appaltante costituita presso gli enti di area vasta ai sensi della l. n. 56/2014 (recante "Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni.").

I criteri e le modalità per la costituzione delle centrali di committenza in forma di aggregazione di comuni non capoluogo di provincia, nonché l'individuazione degli ambiti territoriali di riferimento, **sono demandati dal comma 5 ad un apposito DPCM**, da adottare entro sei mesi dall'entrata in vigore del Codice.

La disposizione prevede, altresì, che, **nelle more dell'adozione del suddetto decreto**, si applichi l'art. 216, comma 10 - in base al quale, fino all'entrata in vigore del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, **i requisiti di qualificazione sono soddisfatti dalle stazioni appaltanti mediante l'iscrizione all'Anagrafe delle stazioni appaltanti** (al riguardo, v. commento *sub* art. 38).

Art. 38 – Qualificazione delle stazioni appaltanti e centrali di committenza

Con la disposizione in commento viene introdotto **un sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti**, comprese le centrali di committenza, **gestito dall'ANAC** e basato **sull'accertamento quinquennale di requisiti (di base e premianti) afferenti la qualità, l'efficienza e la professionalizzazione delle amministrazioni.**

La previsione, che non si applica agli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici, prevede l'istituzione, presso l'ANAC, che ne assicura la pubblicità, di un apposito **elenco delle stazioni appaltanti qualificate** di cui fanno parte anche **le centrali di committenza, nonché, di diritto, Consip, INVITALIA, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, compresi i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche, i soggetti aggregatori regionali.**

La disciplina in commento **non è, tuttavia, immediatamente efficace.**

La sua attuazione è, infatti, demandata anzitutto ad un **DPCM da adottare entro 90 giorni dall'entrata in vigore del Codice**, che dovrà individuare i requisiti tecnico organizzativi per l'iscrizione nell'elenco, in applicazione dei criteri di qualità, efficienza e professionalizzazione, tra cui, per le centrali di committenza, il carattere di stabilità ed il relativo ambito territoriale, nonché le modalità attuative del sistema delle attestazioni di qualificazione e la data di entrata in vigore del nuovo sistema di qualificazione.

Inoltre, con un provvedimento ad hoc (per il quale non sono previsti termini di adozione) l'ANAC dovrà stabilire le modalità attuative del sistema di qualificazione, prevedendo anche un termine congruo per consentire alle stazioni appaltanti di dotarsi dei requisiti necessari alla qualificazione, nonché disciplinare la qualificazione con riserva. Al fine di rendere effettiva la qualificazione sono previste misure sanzionatorie e misure premiali

Proprio **in ragione della differita operatività delle previsioni in commento**, l'art. 216, comma 10, del Codice prevede che, nelle more dell'entrata in vigore del sistema di qualificazione, **i requisiti di qualificazione sono soddisfatti dalle stazioni appaltanti mediante l'iscrizione all'Anagrafe delle stazioni appaltanti**, di cui all'articolo 33-ter del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179.

Art. 51 – Suddivisione in lotti

La disposizione conferma **l'obbligo, previsto nel precedente Codice, per le stazioni appaltanti di suddividere l'appalto in lotti**, fermo restando l'obbligo di motivare i casi di mancata suddivisione. Inoltre, viene introdotto, accanto alla nozione di **lotto funzionale**, già presente nella pregressa normativa, anche il nuovo concetto di **lotto prestazionale**.

La disposizione **rafforza** anche **il principio secondo il quale il valore degli appalti deve essere adeguato, in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione delle MPMI**.

Infine, viene riproposto il **generale divieto di aggregazione e di suddivisione artificiosa degli appalti**, finalizzato ad eludere o ad alterare la corretta applicazione del Codice.

Manca un esplicito richiamo alla nozione meramente quantitativa del lotto (come indicato dal cons. 78 della direttiva 2014/24).

Art. 59 – Scelta delle procedure - Appalto integrato

Inoltre, viene introdotto il nuovo principio secondo il quale gli **appalti relativi ai lavori devono essere affidati ponendo a base di gara il progetto esecutivo**, il cui contenuto deve garantire la rispondenza dell'opera ai requisiti di qualità predeterminati, e dare certezza del rispetto dei tempi e costi previsti.

La norma, infine, specifica che **è vietato l'affidamento congiunto delle attività di “progettazione ed esecuzione”**, ad esclusione dei casi di affidamento a **contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico-privato e contratto di disponibilità**. **Settori speciali**

Lavori sui beni culturali

Art. 62 – Procedura competitiva con negoziazione

La norma disciplina **la nuova procedura competitiva con negoziazione**, recependo l'articolo 29 della direttiva 2014/24/UE. Tale procedura **sostituisce**, di fatto, la precedente procedura negoziata previa pubblicazione del bando di gara, che scompare dal nuovo Codice.

Rispetto alla precedente “negoziata con bando”, viene **ampliato il novero dei casi in cui essa può essere utilizzata dalle amministrazioni**.

Infatti, oltre all'ipotesi di offerte **tutte irregolari o inammissibili** presentate in una precedente procedura, può essere attivata, ad esempio, nei casi di appalti che implicino progettazione o soluzioni innovative, laddove vi sia un'impossibilità di preventiva impostazione giuridica o finanziaria dei progetti, o anche in caso di assenza di soluzioni immediatamente disponibili.

Viene poi descritta puntualmente **la c.d. fase di negoziazione**, attraverso la quale può giungersi, in fasi successive, anche ad una riduzione del numero di offerte da negoziare. Inoltre, vengono previsti obblighi in materia di trasparenza e parità di trattamento.

Art. 64 – Dialogo competitivo

L'articolo 64 disciplina il dialogo competitivo, recependo l'articolo 30 della direttiva 2014/24/UE, e l'articolo 48 della direttiva 2014/25/UE, e modificando la disciplina contenuta nell'articolo 58 del d.lgs. 163/2006.

Il nuovo dialogo competitivo, come si evince dalla definizione contenuta all'articolo 3, lettera vvv) - non più limitata, come in passato, ai casi di appalti particolarmente complessi

Art. 65 – Partenariati per l'innovazione

Attraverso il partenariato per l'innovazione, le amministrazioni potranno soddisfare l'esigenza di sviluppare prodotti, servizi e lavori innovativi, non disponibili sul mercato.

Artt. 77 e 78 – Commissione di aggiudicazione e albo dei componenti

Il comma 3, prevede che i commissari di gara siano scelti dalla stazione appaltante non tra i funzionari appartenenti alla stessa, come prevedeva il D.lgs. 163/2006, ma **mediante sorteggio pubblico, da una lista di candidati** - costituita da un numero di nominativi almeno doppio rispetto ai componenti da nominare e comunicata dall'ANAC - **di esperti iscritti ad un apposito Albo istituito sempre presso l'ANAC. (consultazione ANAC in corso)**

La stessa disposizione prevede poi la possibilità per la stazione appaltante di **derogare** al principio che impone il ricorso a commissari esterni, in alcuni specifici casi.

In particolare, è possibile nominare componenti interni alla stazione appaltante, **in caso di affidamento di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria o per quelli che non presentano particolare complessità**. Questi ultimi, peraltro, vengono individuati dalla stessa norma in quelli la cui procedura di gara venga svolta attraverso piattaforme telematiche di negoziazione di cui all'articolo 59.

Inoltre, Consip, Invitalia ed i soggetti aggregatori regionali (di cui all'art. 9 del DL n. 66/2014), possono ricorrere a **soggetti iscritti in apposita sezione dell'Albo**.

Infine, **fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo (art. 78), la commissione giudicatrice continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante** competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto (art. 216 comma 12).

Art. 80 – Motivi di esclusione

L'articolo 80 riguarda la disciplina dei motivi di esclusione dell'operatore economico dalle gare per appalti pubblici.

PREVIGENTE NORMATIVA (ART. 38)

- 1. procedure concorsuali (tranne concordato preventivo con continuità)**
- 2. procedimenti per l'applicazione delle misure antimafia**
- 3. Sentenze di condanna passate in giudicato per reati che incidono sulla moralità professionale**
- 4. Violazione divieto intestazione fiduciaria**
- 5. gravi infrazioni debitamente accertate in materia di sicurezza e lavoro**
- 6. Grave negligenza e grave errore professionale nei confronti della medesima stazione appaltante**
- 7. Gravi violazioni definitivamente accertate in materia di tasse e contributi**
- 8. Falsa dichiarazione per i requisiti in gara o in sede SOA**
- 9. Mancata presentazione certificazione dei disabili**
- 10. Sanzioni accessorie che comportano divieto di contrarre con P.A.**
- 11. Mancata denuncia tentativi di estorsione**
- 12. Mancata dichiarazione su situazioni di controllo e collegamento**

NUOVO CODICE

INTRODUCE ELENCO SPECIFICO REATI PER CONDANNE PENALI DEFINITIVE (reati contro la pa, terrorismo, sfruttamento lavoro minorile, ecc..) e **RIFERIMENTO AD OGNI ALTRO DELITTO CHE COMPORTI COME PENA ACCESSORIA L'INCAPACITA' A CONTRARRE CON LA PA**

Nel nuovo Codice è stata, invece, preferita una limitazione della discrezionalità interpretativa delle amministrazioni in merito alle condanne ostative alla partecipazione alla gara dell'impresa, **chiarendo che al di fuori del detto elenco è motivo di esclusione "ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione."** (comma 1, lett. "g");

ALLARGA ELENCO DEI SOGGETTI DA VERIFICARE NELLE SOCIETA' DI CAPITALI in quanto, oltre al direttore tecnico, socio unico persona fisica, socio di maggioranza nelle società con meno di 4 soci, amministratori con poteri di rappresentanza, cessati dalla carica l'anno antecedente il bando, ci sono **I SOGGETTI MUNITI DI POTERI DI DIREZIONE E CONTROLLO**

In questo contesto viene introdotto il nuovo istituto del ***self-cleaning***, di derivazione comunitaria.

Con riferimento a quest'ultimo, nel caso in cui la pena detentiva inflitta non sia superiore a 18 mesi ovvero sia stata riconosciuta l'attenuante della collaborazione, l'operatore economico, o il subappaltatore, possono provvedere alla dimostrazione di essere affidabili, nonostante l'esistenza di motivi di esclusione (comma 7). La stazione appaltante deve motivare, con apposita comunicazione all'operatore economico, le ragioni per cui non ritiene sufficienti le misure adottate (comma 8).

Un'altra consistente differenza rispetto al previgente art. 38 del D.lgs. n. 163/2006 riguarda **LA PROCEDURA DI FALLIMENTO**, perché l'impresa fallita, **non è più esclusa a priori dall'amministrazione**.

Il curatore autorizzato all'esercizio provvisorio dell'impresa o l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale, **può, su autorizzazione del giudice delegato, sentita l'ANAC, partecipare a nuove procedure di gara ovvero essere affidatario di subappalto**; lo stesso può altresì continuare nell'esecuzione dei contratti già stipulati (art. 110, co. 3). Tuttavia, l'ANAC, se l'impresa non è in regola con i versamenti dei contributi o con le retribuzioni o non ha i requisiti aggiuntivi - di cui alle emanande Linee guida ANAC - **può subordinare la partecipazione all'individuazione di un'impresa ausiliaria, che faccia da garante nei confronti dell'amministrazione** (art. 110, c. 5).

Nell'elencazione delle diverse cause di esclusione, poi, rappresenta una **NOVITÀ QUELLA PREVISTA NEL CASO IN CUI LA STAZIONE APPALTANTE DIMOSTRI CON OGNI MEZZO CHE L'OPERATORE ECONOMICO SI SIA RESO COLPEVOLE DI GRAVI ILLECITI PROFESSIONALI**, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.

Tra questi comportamenti, la norma ricomprende, a titolo esemplificativo, anche “significant 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 (comma 5, lett. c).

Spetterà alle linee guida, elaborate dall'ANAC entro 90 giorni, precisare quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione, ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative (comma 13).

Il comunicato ANAC dell'11 maggio u.s. ha già chiarito che possono essere tali le cause di esclusione di cui al «vecchio» art. 38, comma 1, lett. c, e lett. f– reati che incidono sulla capacità professionale

Valutazione associativa

La previsione in tema di integrità e affidabilità professionale non sembra essere pienamente in linea con il contenuto delle direttive comunitarie, che, all'art 57, paragrafo 4, lett g), consentono agli Stati membri, in via facoltativa, di prevedere l'esclusione dell'operatore economico solo se "ha evidenziato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale di un precedente contratto di appalto pubblico".

La mancanza di un riferimento alle persistenti carenze potrebbe portare, in via interpretativa, ad una causa di esclusione molto più ampia rispetto alla previsione comunitaria, fino a determinare una grave violazione del principio di massima concorrenza.

ANCHE LA POSSIBILITÀ DI PARTECIPAZIONE PER I SOGGETTO FALLITI O IN SITUAZIONI CONCORDATARIE VA VALUTATA NEGATIVAMENTE, perché può comportare gravi alterazioni della concorrenza e del principio di parità di trattamento, considerate le particolari tutele dalle azioni esecutive di cui godono i soggetti ammessi a tali procedimenti.

Art. 83 – Criteri di selezione e soccorso istruttorio

La disposizione presenta un contenuto piuttosto eterogeneo, comprendendo al suo interno la disciplina di diversi profili della procedura, riguardanti, in particolare, **I CRITERI DI SELEZIONE DEI CONCORRENTI, il SOCCORSO ISTRUTTORIO, e IL SISTEMA DI PREMIALITÀ E PENALITÀ DA ISTITUIRE PRESSO L'ANAC.**

a) Criteri di selezione

Per quanto riguarda i **lavori**, l'articolo 83 comma 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.

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** (SOA e qualificazione per lavori sotto i 150.000 euro)

b) Soccorso istruttorio

Nella disposizione è contenuta la disciplina sul soccorso istruttorio, in parte modificata rispetto al previgente Codice.

In particolare, il comma 9 dell'articolo 83, prevede che il soccorso istruttorio trova applicazione in caso di carenze di **“qualsiasi elemento formale della domanda”, inoltre, si specifica che “la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo”** obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, di **una sanzione pecuniaria, in caso di regolarizzazione.**

L'istituto non trova applicazione per le carenze afferenti l'offerta tecnica ed economica.

In relazione alla nuova disciplina, va evidenziato che non è scomparsa la **sanzione pecuniaria ma la stessa si è ridotta di entità**. Infatti, l'importo massimo della sanzione è stato **fissato in 5.000 euro**, in luogo dei precedenti 50 mila euro.

Inoltre, è stato precisato che il relativo **pagamento è dovuto esclusivamente in caso di regolarizzazione**. Al riguardo, la norma precisa infatti che l'integrazione istruttoria deve essere accompagnata dalla quietanza di pagamento della sanzione, a pena di esclusione dalla gara (comma 9).

E' confermato, poi, il principio secondo il quale **la sanzione non è dovuta** in caso di irregolarità formali e incompletezza di dichiarazioni non essenziali, che dovranno comunque essere regolarizzate, sia pure gratuitamente.

Altro profilo innovativo della disposizione riguarda la definizione di **"irregolarità essenziali non sanabili"**, che vengono identificate nelle carenze della documentazione **che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa**.

c) Sistema di premialità e penalità presso l'ANAC

Novità di rilievo è, infine, l'istituzione presso l'ANAC, del sistema di **rating di impresa** e delle relative premialità-penalità, da applicarsi ai soli fini della qualificazione delle imprese, per le quali l'Autorità rilascia apposita certificazione.

Per i lavori, la certificazione del rating è rilasciata dall'ANAC ed il relativo possesso è attestato dalla SOA (art. 84, comma 4, lett. d) (vedi commento sub art. 84)

Il suddetto sistema è connesso a criteri reputazionali valutati, sulla base di indici quali-quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché su accertamenti definitivi che esprimono la capacità strutturale e l'affidabilità dell'impresa.

In particolare, i requisiti reputazionali **tengono conto dei precedenti comportamenti delle imprese**, con riferimento al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione degli appalti, nonché all'incidenza del contenzioso in sede di partecipazione alle procedure di gara ed in fase esecutiva, ivi comprese le irregolarità nei pagamenti dei contributi previdenziali (con riferimento ai tre anni precedenti)..

Tale innovativo sistema, nel valutare la storia dell'impresa, considera altresì il rating di legalità, rilevato dall'ANAC in collaborazione con l'Antitrust.

Art. 84 – Sistema unico di qualificazione per lavori pubblici – SOA

Analogamente a quanto già previsto dall'art. 40 del previgente Codice, viene mantenuto “a regime” **un sistema unico di qualificazione** per i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro (comma 1) mediante attestazione da parte delle SOA.

Il possesso dei requisiti speciali di qualificazione di cui all'art. 83 continuerà ad essere certificato dalle **SOA** (società organismi di attestazione), secondo un'articolazione per tipologie e importo dei lavori.

La durata delle attestazione è confermata in **cinque anni**, con verifica entro il terzo anno del mantenimento dei requisiti di ordine generale nonché dei requisiti di capacità strutturale indicati nelle linee guida (commi 5 e 11).

Le SOA, ai sensi del comma 4, continueranno ad attestare, come in passato, i requisiti di carattere generale (lett. “a”, così come indicati dall’art. 80 del presente Codice), i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionali (lett. “b”, indicati all’art. 83), **il possesso della certificazione di qualità (lett. “c”) e il rating d’impresa, rilasciato dall’ANAC.**

a) I lavori d'importo pari o superiore a 20 milioni di euro

Per quanto riguarda i requisiti richiesti agli operatori economici che partecipano ad appalti di importo **pari o superiore ai 20 milioni di euro**, nel Codice è prevista una qualificazione rafforzata, differente da quella disciplinata nel previgente Regolamento, poiché facoltativa per le stazioni appaltanti.

E', infatti, previsto che, per tale fascia di appalti, le stazioni appaltanti, 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.

Sembrano necessarie linee guida ANAC, da adottare entro un anno, che disciplineranno il sistema di qualificazione in coerenza con le nuove regole.

b) Le verifiche sulla funzionalità del sistema SOA

Rispetto al sistema di attestazione SOA, si evidenzia una particolare attenzione posta dal legislatore in merito alla verifica della sua funzionalità; ciò si concretizza in cinque previsioni essenziali:

- la **ricognizione straordinaria** circa il possesso dei requisiti di esercizio dell'attività da parte delle SOA attualmente operanti, che l'ANAC dovrà effettuare entro 3 mesi dall'entrata in vigore del Codice, sui cui esiti la stessa dovrà relazionare al Governo e al Parlamento (comma 3);
- l'**emanazione**, entro un anno dall'entrata in vigore del presente Codice, di un apposito decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta dell' ANAC, sentite le competenti Commissioni parlamentari, finalizzato all'individuazione di **modalità di qualificazione, anche alternative rispetto alla SOA stessa**, che potrebbero anche portare ad un graduale superamento del sistema unico di qualificazione ovvero di necessità di individuazione di forme di partecipazione pubblica agli stessi e alla relativa attività di attestazione (comma 3);

Art. 85 – Documento di gara unico europeo (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, in linea con quanto previsto dall'art. 90, paragrafo 3 , della direttiva n. 24., 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.

Art. 89 – Avvalimento

La nuova disciplina dell'avvalimento da un lato conferma parte delle disposizioni dettate dal previgente Codice (art. 49 e 50) dall'altro introduce innovazioni, in recepimento dell'articolo 63 della direttiva n. 24 e dell'art. 79 della direttiva n. 25.

Le stazioni appaltanti possono, inoltre, stabilire nei documenti di gara, che **taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente**, escludendo, quindi, la possibilità di avvalimento (comma 4).

A tale riguardo, lo stesso Codice prevede comunque non è ammesso l'avvalimento per opere di rilevante complessità tecnica il cui valore **superi il 10 per cento dell'appalto**, da individuarsi con decreto del MIT, da adottarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del Codice (comma 11).

Questa norma deve essere **letta insieme al comma 5 dell'art. 105, che prevede altresì un limite del 30 per cento alla possibilità di subappalto**; ciò al fine di chiarire la previsione della necessità di ricorrere ad un'ATI (obbligatoria) nei casi in cui l'operatore economico non sia debitamente qualificato.

Art. 93 – Garanzia provvisoria per la partecipazione alla procedura

Tale disposizione disciplina le garanzie a corredo dell'offerta, innovando in parte le norme dettate dall'art. 75 del Codice previgente.

In particolare, l'importo della cauzione provvisoria – che ora assume la denominazione “garanzia provvisoria” - è pari al 2 per cento dell'importo a base di gara, salvo che la stazione appaltante, previa motivazione, **scelga di ridurla all'1 per cento o, viceversa, di incrementarla fino al 4 per cento**. Ciò in base all'oggetto del contratto e al connesso grado di rischio.

Artt. 95 e 97 – Criteri di aggiudicazione dell'appalto – Prezzo più basso e criterio del miglior rapporto “qualità-prezzo” – Esclusione automatica delle offerte anomale

a) Criteri di aggiudicazione

L'articolo riproduce sostanzialmente quanto previsto in materia dalle nuove direttive UE. A questo proposito, si vuole precisare che queste ultime presentano un unico criterio, denominato **offerta economicamente più vantaggiosa**, che non è più quello fino ad oggi praticato, in quanto ricomprende le ipotesi, rappresentate dall'aggiudicazione sulla base:

- 1) del prezzo
- 2) o del costo, seguendo un approccio costo/efficacia, quale ad esempio il costo del ciclo di vita),
- 3) o miglior rapporto “qualità-prezzo” (con opzione di gara solo sull'elemento qualitativo)

Per i lavori, il prezzo più basso può essere utilizzato per appalti fino **ad 1 milione di euro.**

In tal caso, ai sensi del successivo art. 97 comma 8, le stazioni appaltanti possono prevedere nel bando **l'esclusione automatica delle offerte anomale** che presentino una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, come individuata ai sensi del comma 2 del medesimo articolo, sempreché il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a 10.

Va precisato, invero, che il predetto comma 8, con un inciso poco coordinato con l'art. 95 comma 4, prevede che, tale facoltà possa essere esercitata *“quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie”* (sic!). Tuttavia, come detto, per i lavori, il criterio del prezzo più basso – che rende attivabile l'esclusione automatica - può essere applicato comunque fino alla soglia massima di 1 milione.

A sua volta, l'art. 97 prevede che, al fine di non rendere predeterminabile dai candidati i parametri di riferimento per il calcolo dell'anomalia, venga effettuato in gara il **sorteggio del metodo di individuazione della soglia di anomalia**, secondo una pluralità di criteri previsti dalla stessa disposizione.

Pertanto, per l'aggiudicazione dei lavori, le stazioni appaltanti, fermo il divieto di ricorso al minor prezzo per opere oltre 1 milione di euro, possono utilizzare il criterio del miglior rapporto qualità-prezzo, cui si aggiunge, verosimilmente, anche il criterio del costo, quest'ultimo secondo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita.

OEKV e rating di legalità

La disposizione, al comma 13, consente alle amministrazioni aggiudicatrici di indicare, tra le altre cose, nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell'offerta in relazione al maggior **rating di legalità** dell'offerente; ciò, compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.

Valutazione associativa

Parzialmente negativa. Il rating di legalità, misura di per sé positiva, attiene ai profili di maggiore consonanza dell'impresa rispetto a più elevati standard di legalità. L'offerta tecnica invece, infatti, andrebbe valutata di regola in base a criteri che abbiano una diretta connessione con l'oggetto dell'appalto e che siano idonei a misurarne il valore, e non sulla sfera soggettiva dell'offerente, la cui valenza è limitata all'ammissione alla gara (cfr, in termini, parere del Consiglio di Stato).

Art. 105 – Subappalto

Subappalto in generale

Si introduce un limite percentuale al subappalto, pari al **30% dell'importo complessivo** del contratto (comma 2).

Inoltre, la **possibilità di consentire il subappalto è rimessa alla valutazione della stazioni appaltanti**, che dovranno prevedere espressamente in bando le categorie per le quali è ammesso (comma 4).

Viene, poi, ripristinato il **divieto di subappalto oltre il 30% delle categorie cd. "superspecializzate", se d'importo superiore al 10%** (con conseguente obbligo di ATI verticale, in caso di mancata qualificazione specifica dell'appaltatore principale); per le stesse non è ammesso neanche l'avvalimento (comma 5).

Permane, peraltro, il limite del 20% al ribasso praticabile al subappaltatore (comma 14)

Nominativi dei subappaltatori in gara (comma 6)

Si prevede l'obbligo di indicare una terna di nominativi dei subappaltatori per gli appalti sopra soglia comunitaria, e per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione. Inoltre, è prevista la facoltà per la stazione appaltante di prevedere ulteriori casi, anche per contratti sotto soglia .

Valutazione associativa

Negativa. Tale obbligo, sia pure limitato a casi specifici, solleva notevoli perplessità, considerate le peculiarità proprie del settore dei lavori pubblici. Infatti, il notevole lasso di tempo che può intercorrere tra l'aggiudicazione del contratto di appalto e l'esecuzione dei lavori in subappalto, può rendere l'indicazione in gara dei subappaltatori un onere particolarmente gravoso per il concorrente, soprattutto se si tratta di una piccola e media impresa.

a) Pagamento diretto ai subappaltatori (comma 13)

Si consente alle stazioni appaltanti di corrispondere direttamente al subappaltatore, al cottimista e al prestatore di servizi e al fornitore di beni o lavori, l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite, nei seguenti casi:

- 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.**

Inoltre, si **prevede 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).**

c) La qualificazione attraverso i lavori subappaltati

Riguardo alla qualificazione delle imprese, si evidenzia che, al comma 22, viene 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”*.

Valutazione associativa

Negativa. Il nuovo codice nega il cd. “premio di coordinamento” ai fini della qualificazione che, ai sensi di tutta la previgente disciplina, spettava all'appaltatore sui lavori subappaltati (cfr. in ultimo art. 84 del D.P.R. 207/2010).

PARTE VI: DISPOSIZIONI FINALI E TRANSITORIE

Art. 204 – Rito camerale

La disposizione in commento modifica l'art. 120 del D.lgs. 104/2010 (Codice del processo amministrativo), introducendo, anzitutto, un **rito speciale camerale presso** il TAR per l'impugnazione del provvedimento che determina le esclusioni e le ammissioni alla procedura di gara, all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico professionali. Tali vizi sono immediatamente ricorribili entro 30 giorni. In caso di omessa impugnazione, è preclusa la facoltà di far valere l'illegittimità nei successivi atti della procedura di gara, anche con ricorso incidentale.

Art. 205 – Accordo bonario per i lavori

In merito al ricorso all'accordo bonario, si prevede la possibilità di attivare tale istituto laddove l'ammontare del contratto, per effetto delle riserve, possa variare tra **il 5% e il 15%** (l'art. 240 del D.lgs. 163/2006 prevedeva un minimo del 10%).

La procedura viene, inoltre, semplificata, prevedendo il ricorso eventuale ad un esperto, scelto da una lista di cinque soggetti proposti dalla Camera arbitrale, su richiesta dello stesso RUP. In mancanza di ricorso all'esperto esterno, la proposta di accordo viene formulata direttamente dal RUP.

Permane, infine, l'impossibilità di iscrivere riserve su aspetti progettuali validati.

Art. 211 – Pareri di precontenzioso dell'ANAC

Il Codice prevede la possibilità per l'ANAC di pronunciarsi in sede consultiva, entro 30 giorni, su questioni che possano insorgere nello svolgimento delle procedure di gara.

La procedura si attiva previa **richiesta di parte e le vincola al rispetto di quanto stabilito dall'ANAC, laddove le stesse abbiano acconsentito, preventivamente, ad attenersi a quanto deciso** (attualmente tale potere dell'autorità è previsto dall'art. 6 del Codice degli appalti). In ogni caso è possibile impugnare il parere d'innanzi gli organi di giustizia amministrativa ai sensi dell'art. 120 del Codice del processo amministrativo.

Se l'Autorità accerta che la procedura è viziata, **invita la stazione appaltante ad agire in autotutela rimuovendo gli atti illegittimi entro 60 giorni.**

Se la stazione appaltante non si adegua alle indicazioni dell'ANAC, il dirigente è soggetto alla **sanzione amministrativa pecuniaria tra 250 e 25.000 euro**, e tale sanzione incide sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti.

Artt. 216 e 217 – Ambito temporale di applicazione, regime transitorio e abrogazioni

Al primo comma dell'art. 216, è chiarito che le disposizioni del nuovo Codice, se non diversamente previsto, si applicano:

- a) **alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi siano stati pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del Codice,**
- b) **nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrare in vigore del Codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte.**

Quanto alle **abrogazioni**, il codice provvede al superamento dell'impianto normativo in materia dei contratti pubblici su cui hanno inciso, specie negli ultimi anni, numerosi interventi normativi, che non sempre si sono configurati come novelle al **Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006**.

In particolare, come previsto dal comma 4 della delega, le abrogazioni comprendono, anzitutto, **il decreto legislativo n. 163 del 2006 e il Regolamento di attuazione ed esecuzione di tale decreto, ossia il D.P.R. n. 207 del 2010**, nei termini di seguito riportati.

Con riferimento all'abrogazione del D.lgs. n. 163/2006, vengono **meno anche le proroghe al 31 luglio 2016, da ultimo operate dal cd D.I. "Milleproroghe 2016"** di alcune disposizioni, quali :

- 1) **esclusione automatica** per le offerte anomale per gli appalti **fino a soglia comunitaria**;
- 2) possibilità di utilizzare **il decennio antecedente** la data di sottoscrizione del contratto con la **SOA per il computo dei requisiti di qualificazione**;

Quanto alle disposizioni del regolamento D.P.R. 207/2010, le stesse sono abrogate in base alla seguente **suddivisione temporale**:

- 1) **con effetto dalla data di entrata in vigore degli atti attuativi del nuovo Codice**, i quali operano una ricognizione delle disposizioni del Regolamento da esse sostituite;

- 2) **dalla data di entrata in vigore del Codice (20 aprile 2016)**: la Parte I; la Parte II, Titolo I, capo II; la Parte II, Titolo II, capo II; la Parte II, Titoli IV e V, VI, VII, VIII; la Parte II, Titolo IX Capo III; parte II, Titolo XI, Capo III, ad esclusione dell'articolo 251; la Parte III ad esclusione degli articoli 254, 255 e 256; le Parti IV, V e VII, nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamati.

Con tale disciplina transitoria, **in tema di qualificazione**, viene **abrogato anche l'articolo 357 del Regolamento**, compreso nella Parte VII, nel quale sussistono diverse norme, che consentono, ad es. **di utilizzare i migliori cinque anni su dieci per gli appalti di importo superiore a 20 milioni**, oppure di mantenere **un direttore tecnico in deroga**, laddove già iscritto nell'albo nazionale dei costruttori, indipendentemente dal titolo professionale posseduto nonché le norme sulla suddivisione in percentuali specifiche della categoria OG 11.

COMUNICATO ANAC 11 MAGGIO 2016

Affidamenti per cui continuano ad applicarsi le disposizioni del d.lgs. 163/06

Le disposizioni del 163/2016 si applicano **a tutti gli avvisi pubblicati entro il 19 aprile 2016** in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana o Albo Pretorio o del profilo del committente (*cfr.* artt. 66, 122 e ss. del d.lgs. 163/06)

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.

2. procedure negoziate indette, a partire dal 20 aprile 2016, purché la procedura negoziata sia tempestivamente avviata in applicazione degli articoli che la consentono per **precedenti gare andate deserte**
3. affidamenti diretti o procedure negoziate in attuazione di accordi quadro aggiudicati prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice;
4. convenzioni stipulate prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice

**GRAZIE A TUTTI
PER L'ATTENZIONE!**