



Dalle Direttive al Nuovo Codice Il Percorso della riforma ed i lineamenti generali del nuovo Codice

Dott. Antonio Fusinato





A circa 10 anni di distanza dall'emanazione del D.Lgs. N. 163/2006, che per la prima volta definiva una disciplina unitaria per gli appalti di lavori, servizi e forniture (oggetto di circa 600 modifiche in oltre 50 provvedimenti), è stato pubblicato sulla G.U. 91 del 19 aprile 2016 il

D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50

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 di 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”





Si tratta di un percorso iniziato con la pubblicazione, nel mese di marzo del 2014, delle tre Direttive comunitarie
2014/23/UE in tema di concessioni
2014/24/UE in tema di appalti pubblici
2014/25/UE relativa ai c.d. “settori speciali”

Le direttive sono state pubblicate il 28/03/2014 e sono entrate in vigore il 18/04/2014 con la conseguente necessità per gli stati membri di recepirle entro il 18/04/2016.

Per il recepimento delle direttive comunitarie si è scelta la strada della legge delega .

Lo schema di legge delega è stato presentato alle Camere nel novembre 2014 ed è stato approvato solo a gennaio 2016.

La legge delega n. 11/2016 ha definito i 59 principi recepiti, in modo più o meno completo dal D.Lgs. N. 50/2016.





Il D.Lgs. N. 50/2016 è stato pubblicato il 19 aprile 2016 ed ha previsto la sua entrata in vigore lo stesso giorno della sua pubblicazione.

Con il Comunicato del 03/05/2016 l'ANAC ha chiarito che, visto che il nuovo Codice è stato pubblicato nella versione on line della Gazzetta Ufficiale dopo le 22.00 del 19/04/2016, le nuove disposizioni si applicano i bandi e gli avvisi pubblicati a decorrere dal 20 aprile 2016.

Ciò comporta che per le procedure eventualmente bandite nei giorni 18 e 19 aprile 2016 si continuano ad applicare le norme del vecchio Codice “rettificato” nelle parti in contrasto con le norme self – executing (autoesecutive) delle direttive comunitarie 23, 24 e 25 del 2014.





L'assenza di un adeguato periodo di vacatio legis e di metabolizzazione del nuovo assetto normativo potrebbe costituire un forte elemento di criticità per le Stazioni appaltanti che si trovano ad avere a che fare con un quadro normativo del tutto nuovo e peraltro non del tutto definito.

A fronte di una riduzione degli articoli rispetto al vecchio Codice (si è passati dal 257 articoli del 163 ai 220 del D.Lgs. N. 50/2016) sono stati previsti circa 50 provvedimenti attuativi (tra decreti ministeriali e linee guida ANAC) che rendono attualmente incompleta e di difficile lettura (vista l'ultravigenza di alcune parti del DPR n. 207/2010) la riforma.





Provvedimenti ministeriali attuativi previsti dal Codice

N.	Articolo	Provvedimento da adottare	Temine di adozione
1	1, comma 7	Direttive generali Farnesina - ANAC per gli appalti esteri	Nessuno
2	21, comma 8	DM Infrastrutture - economia, previo parere CIPE, su programmi triennali e completamento incompiute	90 gg
3	22, comma 2	DPCM sulle opere da sottoporre a dibattito pubblico	1 anno
4	23, comma 3	DM Infrastrutture, Ambiente, beni Culturali, su proposta del CSLPP, per definire i contenuti dei livelli di progettazione	Nessuno
5	23, comma 13	DM Infrastrutture per tempi di introduzione graduale dell'obbligo del BIM	31/07/2016
6	24, comma 2	DM Infrastrutture, sentita l'ANAC, sui requisiti delle società di ingegneria e di professionisti e loro consorzi	90 gg
7	24, comma 8	DM Giustizia - Infrastrutture per nuovi parametri dei compensi per incarichi di progettazione	60 gg
8	25, comma 2	DM Beni culturali per definizione criteri di tenuta elenchi dei soggetti qualificati alle indagini archeologiche	Nessuno
9	25, comma 13	DPCM su proposta Beni culturali - Semplificazione - Infrastrutture con procedure semplificate per l'archeologia preventiva	90 gg
10	34, comma 3	DM Ambiente per eventuale aumento della percentuale del 50% del valore dei criteri ambientali minimi	Nessuno



N.	Articolo	Provvedimento da adottare	Temine di adozione
11	37, comma 5	DPCM su proposta Economia, sentita Conferenza Unificata, su criteri di costituzione delle centrali di committenza	180 gg
12	38, comma 2	DPCM , su proposta Infrastrutture - Economia - Semplificazione, per criteri di iscrizione all'Albo delle stazioni appaltanti	90 gg
13	41, comma 1	DPCM per individuare le misure di revisione ed efficientamento delle procedure di appalto, accordi quadro, convenzioni utilizzabili da CONSIP	1 anno
14	44, comma 1	DM Semplificazione - Infrastrutture per digitalizzazione contratti pubblici	1 anno
15	73, comma 4	DM Infrastrutture, d'intesa con ANAC, su pubblicazione bandi informatici	180 gg
16	77, comma 10	DM Infrastrutture - Economia, sentita ANAC, per tariffe iscrizione Albo e compenso dei commissari di gara	Nessuno
17	81, comma 2	DM Infrastrutture, sentita ANAC e AGID, su banca dati nazionale dei operatori economici	Nessuno
18	84, comma 12	DM Infrastrutture, su proposta ANAC, per qualificazione delle stazioni appaltanti	1 anno
19	89, comma 11	DM infrastrutture, sentito CSLPP, per definire elenco delle opere c.d. "superspecialistiche" escluse dall'avvalimento	90 gg
20	102, comma 8	DM Infrastrutture, su proposta CSLPP, per disciplina delle modalità tecniche di svolgimento del collaudo	Nessuno



N.	Articolo	Provvedimento da adottare	Temine di adozione
21	111, comma 1	DM Infrastrutture, su proposta ANAC, per linee guida attività di direzione dei lavori ed attività di controllo	90 gg
22	144, comma 2	Decreto Salute - Ambiente - agricoltura con linee guida ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica	Nessuno
23	146, comma 4	DM Beni culturali - Infrastrutture su qualificazione direttori tecnici ed esecutori di lavori su bani vincolati e criteri di verifica lavori	180 gg
24	159, comma 4	DM Difesa - Infrastrutture, sentita ANAC, con direttive generali appalti difesa	90 gg
25	185, comma 3	DM Economia - Infrastrutture su modalità di garanzia società di progetto	Nessuno
26	194, comma 12	DM Economia - Infrastrutture su modalità di garanzia contraente generale	Nessuno
27	196, comma 2	DM Economia - Infrastrutture con modalità di utilizzazione fondi per il collaudo delle grandi opere	Nessuno
28	196, comma 4	DM infrastrutture con modalità di iscrizione all'albo e nomina dei collaudatori e definizione dei relativi compensi	180 gg
29	202, comma 3	DM Infrastrutture - Economia per fondi per la progettazione e realizzazione grandi opere	Nessuno
30	203, comma 1	DM Interno - Giustizia - Infrastrutture con procedure di monitoraggio infiltrazione mafiosa grandi opere	Nessuno
31	209, comma 16	DM Infrastrutture per individuazione compensi arbitri	Nessuno
32	212, comma 5	DPCM su composizione e modalità di funzionamento cabina di regia attuazione codice	90 gg
33	214, comma 3	DM Infrastrutture per istituzione struttura tecnica di missione	Nessuno
34	215, comma 2	DPR, su proposta Infrastrutture, per nuove funzioni CSLPP	Nessuno



Provvedimenti ANAC attuativi previsti dal Codice

N.	Articolo	Provvedimento da adottare	Temine di adozione
1	31, comma 5	Compiti del RUP	90 gg
2	36, comma 7	Procedure appalti sotto soglia	90 gg
3	38, comma 1	Elenco delle stazioni appaltanti qualificate	Nessuno
4	38, comma 6	Modalità di qualificazione stazioni appaltanti	Nessuno
5	78, comma 1	Criteri di professionalità dei commissari di gara	120 gg
6	80, comma 13	Linee guida per garantire omogeneità della stazioni appaltanti su carenze di esecuzione	90 gg
7	83, comma 2	Linee guida su sistema di qualificazione e avvalimento	1 anno
8	83, comma 10	Linee guida su rating di impresa	90 gg
9	110, comma 5	Linee guida su requisiti di impresa coinvolta in procedure concorsuali	Nessuno
10	177, comma 3	Linee guida per la verifica dell'obbligo di esternalizzazione dei concessionari	Nessuno
11	181, comma 4	Linee guida su attività dei controllo dei concessionari	90 gg
12	192, comma 1	Istituzione elenco delle società in house	Nessuno
13	197, comma 3	Linee guida per la qualificazione del contraente generale	Nessuno
14	213, comma 2	Bandi, capitolati e contratti tipo	Nessuno



La riforma, oltre a recepire le intervenute direttive comunitarie, mira a efficientare il mercato degli appalti pubblici attraverso il perseguimento di tre principali obiettivi:

- QUALIFICARE LA DOMANDA
- QUALIFICARE L'OFFERTA
- DARE CENTRALITA' AL PROGETTO





QUALIFICAZIONE DELLA DOMANDA

La qualificazione delle stazioni appaltanti e Centralizzazione degli acquisti

Gli artt. 37 e 38 si occupano di disciplinare la centralizzazione degli acquisti e la qualificazione delle stazioni appaltanti

E' previsto che la Stazioni appaltanti possano acquisire direttamente Forniture e servizi di importo inferiore a 40.000 euro e lavori di importo inferiore a 150.000 euro direttamente.

Per gli acquisti di importo superiori a tali soglie le stazioni appaltanti devono essere opportunamente qualificate secondo le regole che saranno definite con apposito DPCM da adottarsi entro 90 giorni.

Fino all'entrata in vigore del DPCM l'art. 216, comma 10 prevede che i requisiti di qualificazione sono soddisfatti mediante l'iscrizione all'Anagrafe delle Stazioni Appaltanti.





QUALIFICAZIONE DELLA DOMANDA

La qualificazione delle stazioni appaltanti e Centralizzazione degli acquisti

Le Stazioni appaltanti che non siano capoluoghi di provincia e/o che non siano qualificate procedono all'acquisto mediante:

- Centrali di committenza o soggetti aggregatori qualificati;
- Centrali di committenza derivanti da unioni di comuni, associazione e consorzi;
- Stazioni uniche appaltanti costituite presso enti di area vasta.

Con DPCM da adottarsi nei successivi 6 mesi dall'entrata in vigore del Codice saranno definiti gli ambiti territoriali, i criteri e la modalità di costituzioni delle centrali di committenza.

NON E' CHIARO SE FINO ALL'EMANAZIONE DI TALE DPCM LE STAZIONI APPALTANTI DEI COMUNI NON CAPOLUOGO SIANO TENUTI A FARE ACQUISTI IN MODO AGGREGATO.



QUALIFICAZIONE DELLA DOMANDA

La qualificazione delle stazioni appaltanti e Centralizzazione degli acquisti

Di particolare interesse appare la disposizione di cui al comma 7 dell'art. 37 secondo cui le centrali di committenza possono:

- Aggiudicare appalti, stipulare ed eseguire contratti;
- Stipulare accordi quadro a servizio delle stazioni appaltanti;
- Gestire sistemi dinamici di acquisizione e mercati elettronici

La qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza avviene in rapporto all'ambito di attività, alla tipologia ed alla complessità del contratto e per fasce di importo.

La qualificazione avviene, su base quinquennale, in funzione di requisiti (di base e premianti) inerenti l'efficienza e la professionalizzazione delle PPAA.





QUALIFICAZIONE DELL'OFFERTA

Diverse sono le misure adottate dal Codice per “Qualificare l’offerta” tra queste:

- Pur confermando il sistema di qualificazione SOA l’art. 84, comma 12 prevede che entro un anno il Ministero delle Infrastrutture, su proposta dell’ANAC, individui modalità di qualificazione, anche alternative, che potrebbero portare ad un graduale superamento del sistema unico di qualificazione e/o a forme di partecipazione pubblica nelle attività di attestazione;
- La nuova disciplina dell’avvalimento, contenuta nell’art. 89, pone delle limitazioni all’istituto prevedendo che:
 - Non sia più possibile il c.d. “avvalimento stabile”;
 - Non è più possibile l’avvalimento delle c.d. “SIOS” (da definire con decreto del MIT in 90 gg) di importo superiore al 10% del valore di appalto;
 - La stazione appaltante può prevedere che alcuni compiti essenziali siano svolti direttamente dall’offerente;
 - Verifica sostanziale in fase dei requisiti dei mezzi e delle risorse prestate.





QUALIFICAZIONE DELL'OFFERTA

- Vietato l'avvalimento per le categorie OG2 ed OS2;
- Possibilità di subappalto limitato al solo 30% dell'importo complessivo del contratto (art. 105) e definizione da parte della stazione appaltante delle categorie subappaltabili (la norma modifica indirettamente l'attuale sistema di qualificazione);
- L'istituzione di un sistema di rating delle imprese che si applica alla fase di qualificazione ed è gestito dall'ANAC, basato su requisiti reputazionali (rispetto dei tempi e dei costi, incidenza del contenzioso in fase di partecipazione ed esecuzione, irregolarità nei pagamenti dei contributi previdenziali), per l'operatività del quale è necessario che l'ANAC adotti delle specifiche linee guida entro 90 gg.;





CENTRALITA' DEL PROGETTO

Il nuovo Codice (art. 59) prevede che l'affidamento degli appalti di lavori avvenga esclusivamente sulla base di un progetto esecutivo con esclusione dei casi di affidamento a contraente generale, finanza di progetto, concessione, partenariato pubblico – privato e contratto di disponibilità

Viene demandata ad un Decreto del Ministero delle Infrastrutture, per il quale non è previsto un termine specifico, definire il contenuto dei tre livelli di progettazione.





ANTICIPAZIONE DEL CORRISPETTIVO

Il nuovo Codice (art. 35 – che invero è rubricato “Soglie di rilevanza comunitaria e metodo di calcolo del valore stimato degli appalti) definisce in modo strutturale il diritto dell’appaltatore ad avere corrisposta una anticipazione del prezzo di appalto nella misura del 20%.

Rispetto al passato il 20% è da calcolarsi sul valore stimato di appalto e non più sull’importo del contratto.

L’anticipazione è da corrispondere nei quindici giorni successivi all’effettivo inizio dei lavori, previo rilascio di una garanzia fideiussoria (risulta errato il riferimento all’albo degli intermediari finanziari e contestualmente all’art. 106 del D.Lgs. N. 385/93) che deve essere recuperata progressivamente nel corso dei lavori.

L’appaltatore decade dal beneficio dell’anticipazione e deve provvedere alla sua integrale restituzione se l’esecuzione dei lavori non procede secondo i tempi contrattuali.





GARANZIA PROVVISORIA

Per la partecipazione alla gara è previsto il rilascio di una garanzia fideiussoria (definita “garanzia provvisoria”) di regola pari al 2% del prezzo a base d’asta. La stazione appaltante può decidere, in considerazione della natura delle prestazioni e del rischio connesso, di abbassare questa percentuale sino all’1% o di aumentarla fino al 4%.

L’importo della garanzia provvisoria è ridotto del 50% nel caso di concorrenti in possesso della certificazione di qualità ISO 9000 e di un ulteriore 30% nel caso di concorrenti certificati EMAS o del 20% in caso di concorrenti certificati ISO 14000.

Vengono definite ulteriori riduzioni della garanzia provvisoria da rilasciare per appalti di servizi e forniture in relazione alla realizzazione di prodotti con certificazione Ecolabel o altri tipi di certificazione tra cui l’attestazione di un modello organizzativo ai sensi del d.Lgs. n. 231/2001.





CRITERI DI AGGIUDICAZIONE

Il nuovo Codice ridefinisce (art. 95) i criteri di aggiudicazione imponendo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per gli appalti di lavori di importo superiore ad un milione di euro, oltre che per i contratti relativi ai servizi sociali, alla ristorazione e per i servizi di ingegneria di importo superiore a 40.000 euro.

Le stazioni appaltanti hanno facoltà di utilizzare il criterio del minor prezzo esclusivamente per gli appalti di lavori di importo pari o inferiore ad un milione di euro. In questo caso può essere esercitata la facoltà di esclusione automatica delle offerte anomale.

Al fine di evitare possibili turbative sono stati definiti cinque diversi criteri di individuazione della soglia di anomalia da sorteggiare in fase di gara.

L'offerta economicamente più vantaggiosa può essere individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base del rapporto costo/efficacia inteso come costo del ciclo vita.





COMMISSIONE DI AGGIUDICAZIONE (art. 77)

Il Codice attua solo parzialmente il criterio di delega prevedendo, solo per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, la scelta dei commissari mediante sorteggio pubblico da una lista di candidati, costituita da un numero di nominativi pari al doppio rispetto ai componenti da nominare e comunicata dall'ANAC sulla base di un apposito Albo da istituire entro 120 giorni.

Per tutti gli appalti sotto soglia comunitaria e per quelli che non presentano particolare complessità si possono nominare componenti interni.

Il comma 8, inerente la nomina del presidente della commissione tra i soggetti sorteggiati, non appare coordinato con la deroga prevista al comma 3 per gli appalti sotto soglia comunitaria.

La tariffa di iscrizione all'Albo e il compenso massimo dei commissari è stabilito con DM fermo restando che ai commissari dipendenti pubblici non spetta alcun compenso.





CONTRATTI SOTTO SOGLIA

Con il nuovo Codice scompare la procedura ristretta semplificata e gli affidamenti in economia. L'affidamento dei lavori avviene:

Importo	Modalità di affidamento
Inferiore a 40.000	Affidamento diretto adeguatamente motivato o, per i lavori, in amministrazione diretta
Pari o sup. a 40.000 e inferiore a 150.000	Affidamento mediante procedura negoziata con invito di almeno 5 operatori individuati attraverso indagini di mercato o elenchi di operatori economici
Pari o sup. a 150.000 e inferiore a 1 milione	Affidamento mediante procedura negoziata con invito di almeno 10 operatori individuati attraverso indagini di mercato o elenchi di operatori economici
Pari o superiore a 1 milione	Procedure ordinarie





CONTRATTI SOTTO SOGLIA

E' previsto che l'ANAC predisponga delle linee guida entro 90 giorni per individuare le procedure da applicare per la definizione degli elenchi e la rotazione degli inviti.

SUBAPPALTO

Viene prevista la facoltà della stazione appaltante, per gli appalti sotto soglia comunitaria, di richiedere una terna di subappaltatori. Sopra soglia vige l'obbligo di indicazione della terna di subappaltatori.

In tema di subappalto viene sancito l'obbligo di pagamento diretto dei subappaltatori:

- Quando il subappaltatore è una micro o piccola impresa;
- In caso di inadempimento dell'appaltatore;
- Su richiesta del subappaltatore se la natura del contratto lo consente.

L'affidatario non può applicare ribasso ai costi della manodopera ed a quelli della sicurezza sulle prestazioni eseguite dal subappaltatore.

L'importo dei lavori eseguito dal subappaltatore non viene riconosciuto in sede di qualificazione anche all'appaltatore principale c.d. "premio di coordinamento".





SOCCORSO ISTRUTTORIO

Il nuovo Codice ripropone ed in parte innova l'istituto del soccorso istruttorio.

Si specifica che il soccorso istruttorio si applica a “qualsiasi elemento formale della domanda” e alla “mancanza, incompletezza ed ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo” previo pagamento di una sanzione il cui importo massimo è stato ridotto a 5000 euro.

E' specificato che il pagamento della sanzione è dovuto solo in caso di regolarizzazione.

Vengono definite le “irregolarità essenziali non sanabili” come quelle che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto.

RAGGRUPPAMENTI TEMPORANEI

Le norme del Codice ricalcano la vecchia impostazione normativa introducendo la possibilità di recesso di una o più imprese del raggruppamento a patto che le rimanenti continuino a possedere i requisiti necessari e non sia finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito in sede di partecipazione alla gara.





REQUISITI DI CARATTERE GENERALE (ART. 80)

Tabella di corrispondenza ANAC

D.lgs. 50/2016	D.lgs. 163/2006
Art. 80, comma 5, lett. b)	Art. 38, comma 1, lett. a)
Art. 80, comma 2	Art. 38, comma 1, lett. b)
Art. 80, comma 1	Art. 38, comma 1, lett. c)
Art. 80, comma 5, lett. h)	Art. 38, comma 1, lett. d)
Art. 80, comma 5, lett. a)	Art. 38, comma 1, lett. e)
Art. 80, comma 5, lett. c)	Art. 38, comma 1, lett. f) – e lett. c) per i reati che costituiscono grave illecito professionale
Art. 80, comma 4	Art. 38, comma 1, lett. g)
Art. 80, comma 12	Art. 38, comma 1, lett. h)
Art. 80, comma 4	Art. 38, comma 1, lett. i)
Art. 80, comma 5, lett. i)	Art. 38, comma 1, lett. l)
Art. 80, comma 5, lett. f)	Art. 38, comma 1, lett. m)
Art. 80, comma 5, lett. g)	Art. 38, comma 1, lett. m-bis)
Art. 80, comma 5, lett. l)	Art. 38, comma 1, lett. m-ter)
Art. 80, comma 5, lett. m)	Art. 38, comma 1, lett. m-quater)



REQUISITI DI CARATTERE GENERALE (ART. 80)

I requisiti di carattere generale, sebbene siano stati rimodulati, ricalcano sostanzialmente quelli già previsti dall'art. 38 del d.Lgs. N. 163/2006 con alcune differenze:

- Viene integrato il catalogo dei reati e dei soggetti sottoposti a controllo ;
- Viene limitata la discrezionalità interpretativa delle amministrazioni in ordine alle condanne ostantive;
- L'impresa fallita non è più automaticamente esclusa dall'amministrazione in quanto il curatore autorizzato all'esercizio provvisorio può su autorizzazione del giudice delegato, sentita l'ANAC, partecipare alle gare e essere affidatario di subappalto.

Anche in questo caso è prevista l'emanazione di una linee guida ANAC (entro 90 giorni) per definire con quali mezzi di prova e quali carenze nell'esecuzione del contratto siano idonee a determinare l'esclusione del concorrente dalle gare.



ASSOCIAZIONE NAZIONALE
COMUNI ITALIANI

MOLISE

GRAZIE PER L'ATTENZIONE



StudioFusinato
CONSULENZE TECNICHE-AMMINISTRATIVE IN MATERIA DI APPALTI

www.studiofusinato.it