

## **D.Lgs 56/2017 DECRETO CORRETTIVO al CODICE dei CONTRATTI**

### **Le principali novità per le Imprese**

Autore: Cristiano Rigoli – Ufficio Legale & Compliance ICIE

**Napoli, 19 gennaio 2017**



**ICIE**  
Istituto Cooperativo  
per l'Innovazione

RICERCA APPLICATA  
E SERVIZI PER LE IMPRESE





## CHI SIAMO

ICIE opera dal 1972 per **promuovere l'innovazione**, accompagnando le imprese nella **ricerca** e nel **trasferimento tecnologico**.

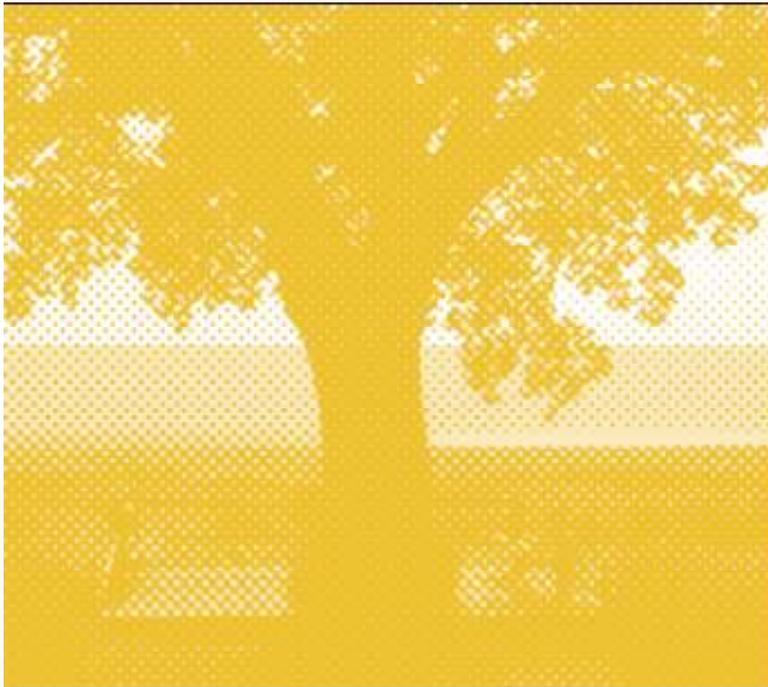
Eroga servizi nei quali trasferisce le conoscenze e le esperienze maturate nell'ambito di progetti di ricerca e sviluppo sperimentale.

È **accreditato come laboratorio di ricerca dal MIUR** (Ministero della Ricerca Scientifica e Tecnologica).

Realizza costantemente **sinergie con Università e Centri di Ricerca** pubblici e privati.

La proprietà e i partner, in fase di ampliamento intersettoriale, sono composti da cooperative e consorzi appartenenti al settore delle **costruzioni**, della **progettazione**, dell'**industria**, della **grande distribuzione** e dei **servizi terziarizzati**, dell'**agroindustria**, della **cooperazione sociale** e dei **beni culturali**.

Pur avendo una proprietà cooperativa promuove progetti, reti, partnership e attività di servizio rivolti a **tutte le tipologie di imprese**.



# MISSION

Realizzare attività di ricerca applicata e trasferimento tecnologico.

Supportare le imprese nell'utilizzo delle specifiche agevolazioni pubbliche, degli incentivi e delle detrazioni fiscali.



Promuovere presso le imprese la cultura e lo sviluppo dell'innovazione dei prodotti, dei servizi e dei processi.



Mettere in relazione Università, Centri di Ricerca nazionali e internazionali, Pubbliche Amministrazioni e imprese (grandi, medie, piccole e micro imprese).

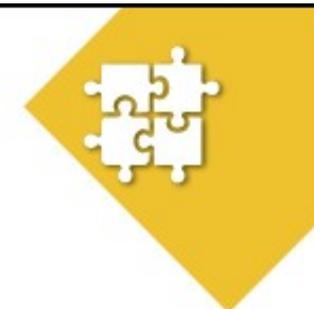


Collaborare con le Pubbliche Amministrazioni nella introduzione delle innovazioni nel loro comportamento di acquisto, nella valorizzazione dei territori, nell'efficientamento delle proprie attività e nelle politiche di coesione sociale e d'integrazione.

# CAMPI DI INTERVENTO



# PRINCIPALI AREE DI SPECIALIZZAZIONE



■ **Efficienza energetica e riduzione delle emissioni**



utilizzo razionale dell'energia e delle risorse rinnovabili

■ **Sviluppo sostenibile e ambiente**



pianificazione e valutazione dell'impatto ambientale  
Life Cycle Assessment - Life Cycle Costing

■ **Housing e co-housing**



edifici nuovi o esistenti riqualificati

■ **ICT, Home Automation e Intelligent Environment**



soluzioni per ambienti intelligenti, domotica e smart cities

■ **Sicurezza, gestione e recupero degli edifici**



procedure, strumenti e tecnologie per il recupero  
funzionale, energetico e strutturale

■ **Rigenerazione urbana**



soluzioni per l'elaborazione e gestione di programmi  
complessi di riqualificazione urbana

■ **Beni culturali**



supporto alla valorizzazione e fruizione

■ **Materiali e prodotti**



nuovi materiali e componenti

■ **Miglioramento e compliance dell'azienda**



servizi per lo sviluppo organizzativo e la conformità  
aziendale, sistemi di gestione

## Servizi per la Qualificazione

**ICIE** supporta la implementazione di Sistemi di Gestione Aziendali con l'obiettivo di ottenere la loro certificazione secondo gli standard relativi alle **Certificazioni Ambientali** (ISO 14001, registrazione EMAS), alla **Responsabilità Sociale** (SA 8000, AA1000), alla **Salute e Sicurezza sui luoghi di lavoro** (OHSAS 18001).

A titolo esemplificativo l'oggetto del servizio offerto può comprendere altre norme e tematiche:

- Altri sistemi di gestione (iso9001, iso14001, OHSAS18001, iso50001)
- SA 8000 Standard volontario per la Social Accountability
- Modelli organizzativi secondo d.lgs. 231/2001
- Certificazione ESCO (UNI CEI 11352)
- Marcatura CE
- Decreto legislativo sulla privacy del 30 giugno 2003, n. 196
- Gestione dei rifiuti (Capitolo IV Decreto Legislativo 3 aprile 2006, n. 152)
- Good manufacturing practices (GMP) ad es ISO22716

## Servizi per gli Appalti Pubblici

**ICIE** supporta le imprese attraverso risorse specializzate - sia mediante la realizzazione di giornate di affiancamento presso la sede dell'Impresa o presso le nostre sedi, che attraverso l'utilizzo di canali ITC – per attività di **consulenza e assistenza sulle disposizioni della normativa in tema di concessioni ed appalti pubblici** (Dlgs. n. 50/2016, Decreto Correttivo 56/2017, e provvedimenti attuativi, atti di soft law inclusi)

A titolo esemplificativo l'oggetto del servizio offerto può comprendere:

- Supporto alla predisposizione e alla revisione della documentazione amministrativa
- Assistenza nella redazione di offerte tecniche
- Rapporti con la Stazione Appaltante
- Progettazione ed erogazione “chiavi in mano” di Piani Formativi Aziendali finanziati dai fondi interprofessionali e sviluppati sui fabbisogni specifici espressi dalle Aziende

## Fondi Interprofessionali

Progettiamo ed eroghiamo “chiavi in mano” Piani Formativi Aziendali e Interaziendali finanziati al 100% e sviluppati su fabbisogni specifici espressi dalle Aziende.

In collaborazione con Agenzie Formative accreditate, supportiamo in maniera personalizzata le Aziende in tutte le fasi di gestione del loro Piano Formativo, dalla progettazione alla rendicontazione, con particolare riferimento a:

- Analisi della domanda e rilevazione dei fabbisogni formativi aziendali
- Pianificazione dei programmi operativi di formazione del personale
- Elaborazione del Piano Formativo e presentazione della domanda di finanziamento
- Selezione, qualifica e monitoraggio dei docenti
- Programmazione ed erogazione on-site dei percorsi formativi
- Gestione della piattaforma digitale del Fondo e monitoraggio del Piano Formativo
- Tutoraggio e coordinamento del Piano Formativo
- Rendicontazione tecnico-economica del Piano Formativo
- Gestione delle relazioni con il Fondo, le parti sociali e i soggetti incaricati di approvare la rendicontazione del Piano Formativo



### **SEDE LEGALE**

#### **ROMA**

Via Velletri 35 - Cap. 00198, Tel. +39 06 8411819,  
+39 06 8549141, Fax +39 06 8550250

### **SEDI OPERATIVE**

#### **MILANO**

Via Giovanni Battista Pergolesi 8, Cap. 20124,  
Tel. +39 02 70005491, Fax. +39 0270009022

#### **BOLOGNA**

Via Giacomo Ciamician 2 - Cap. 40127,  
Tel. +39 051 42174, Fax +39 051 243266

#### **NAPOLI**

Via Giovanni Porzio 4 Centro Direzionale Isola G1,  
Scala D int.1 - Cap. 80143, Tel. +39 081 5627318,  
Fax. +39 081 6028680

Codice fiscale 00520250374 - Partita IVA 00865791008



e-mail: [icleg@icleg.it](mailto:icleg@icleg.it)  
Pec: [icleg@legalmail.it](mailto:icleg@legalmail.it)  
Web: [www.icleg.it](http://www.icleg.it)

## Inquadramento generale della riforma

Il provvedimento – che reca “Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50” – si compone di 131 articoli e di fatto rappresenta una sostanziale riscrittura del Codice, atteso che ne modifica oltre 120 articoli (su 220) aggiungendone due (il 17-bis e il 113-bis).

**Il Correttivo incide indistintamente su tutte le parti del Codice**, talvolta intervenendo semplicemente su alcuni refusi, in altri casi modificando sostanzialmente alcuni dei più importanti istituti degli appalti pubblici.

La relazione illustrativa al correttivo evidenzia come le modifiche proposte siano mirate a perfezionare l'impianto normativo senza intaccarlo, con lo scopo di migliorarne l'omogeneità, la chiarezza e l'adeguatezza in modo da perseguire efficacemente l'obiettivo dello sviluppo del settore degli appalti pubblici.

## Inquadramento generale della riforma

- ✓ Correzione di ulteriori refusi contenuti nel Codice (già 180 erano stati corretti con l'avviso di rettifica del luglio 2016)
- ✓ Correzione di rinvii interni ed esterni errati
- ✓ Superamento di alcuni problemi di compatibilità con le Direttive UE e di attuazione della legge delega
- ✓ Modifiche sostanziali

## Disciplina Attuativa

Il d.lgs 50/2016 ha previsto l'adozione di una serie di atti attuativi **soli in minima parte emanati**

Se si considerano anche gli ulteriori atti attuativi previsti dal Correttivo si arriva a ben **55 provvedimenti di varia natura** (secondo la ricognizione del Consiglio di Stato – parere al Correttivo - Adunanza della Commissione speciale del 22 marzo 2017 ):

- 17 decreti del MIT
- 16 atti dell'ANAC
- 6 DPCM
- 16 decreti di altri Ministri

Per essere aggiornati:

[https://www.codiceappalti.it/Home/Legge/?legge=LINEE\\_GUIDA](https://www.codiceappalti.it/Home/Legge/?legge=LINEE_GUIDA)

## DEFINIZIONI

oo-bis) **lavori di categoria prevalente**, la categoria di lavori, generale o specializzata, di importo più elevato fra le categorie costituenti l'intervento e indicate nei documenti di gara;

oo-ter) **lavori di categoria scorporabile**, la categoria di lavori, individuata dalla stazione appaltante nei documenti di gara, tra quelli non appartenenti alla categoria prevalente e comunque di importo superiore al 10 per cento dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, ovvero di importo superiore a 150.000 euro ovvero appartenenti alle categorie di cui all'articolo 89, comma 11;

aaaaa) **categorie di opere specializzate**, le opere e i lavori che, nell'ambito del processo realizzativo, necessitano di lavorazioni caratterizzate da una particolare specializzazione e professionalità;

## DEFINIZIONI

oo-quater) manutenzione ordinaria, fermo restando quanto previsto dal decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e dal decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, le opere di riparazione, rinnovamento e sostituzione necessarie per eliminare il degrado dei manufatti e delle relative pertinenze, al fine di conservarne lo stato e la fruibilità di tutte le componenti, degli impianti e delle opere connesse, mantenendole in condizioni di valido funzionamento e di sicurezza, senza che da ciò derivi una modificazione della consistenza, salvaguardando il valore del bene e la sua funzionalità.

oo-quinquies) «manutenzione straordinaria», fermo restando quanto previsto dal decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e dal decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, le opere e le modifiche necessarie per rinnovare e sostituire parti anche strutturali dei manufatti e delle relative pertinenze, per adeguarne le componenti, gli impianti e le opere connesse all'uso e alle prescrizioni vigenti e con la finalità di rimediare al rilevante degrado dovuto alla perdita di caratteristiche strutturali, tecnologiche e impiantistiche, anche al fine di migliorare le prestazioni, le caratteristiche strutturali, energetiche e di efficienza tipologica, nonché per incrementare il valore del bene e la sua funzionalità;

## DEFINIZIONI

ggggg-undecies) **cottimo**, l'affidamento della sola lavorazione relativa alla categoria subappaltabile ad impresa subappaltatrice in possesso dell'attestazione dei requisiti di qualificazione necessari in relazione all'importo totale dei lavori affidati al cottimista e non all'importo del contratto, che può risultare inferiore per effetto dell'eventuale fornitura diretta, in tutto o in parte, di materiali, di apparecchiature e mezzi d'opera da parte dell'appaltatore.

### E' INTESO COME TIPOLOGIA DI CONTRATTO NON COME MODALITA' DI AFFIDAMENTO

Si ritorna, con alcune modifiche formali, alla definizione dell'art.170 DPR 207/2010

Nell'art.105 non si parla mai di cottimo se non nel comma 18 (forse perché rimasto dal copia incolla con il comma 8 del 163/2006)

#### **Art. 118. Subappalto, attività che non costituiscono subappalto e tutela del lavoro**

2. [omissis] Tutte le prestazioni nonché lavorazioni, a qualsiasi categoria appartengano, sono subappaltabili e affidabili in cottimo. [omissis]. L'affidamento in subappalto o in cottimo è sottoposto alle seguenti condizioni .....

## Le buone notizie !!!

### TUTTI GLI O.E.

#### **Eliminazione della sanzione pecuniaria in caso di SOCCORSO ISTRUTTORIO (ma impatto negativo sul rating di impresa) - Art. 83 commi 9 e 10**

Il Decreto Correttivo modifica l'istituto del soccorso istruttorio agendo su due aspetti essenziali della relativa disciplina, attraverso:

- (i) la soppressione di ogni onere economico per la regolarizzazione della documentazione, disposta in accoglimento di un'indicazione già formulata dal Consiglio di Stato nel parere sullo schema del Codice;
- (ii) l'eliminazione dell'obbligo di sanare le irregolarità formali, ovvero la mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali.

## Le buone notizie !!!

### TUTTI GLI O.E.

#### **Modifica di contratti durante il periodo di efficacia**

Il Decreto Correttivo ha ampliato le ipotesi in cui è consentita la modifica di contratti durante il periodo di efficacia, **senza necessità di una nuova procedura di gara**, comprendendovi tutti i casi in cui il valore della modifica è inferiore sia alle soglie comunitarie che al 10 per cento del valore iniziale del contratto (se si tratta di servizi e forniture) ovvero al 15 per cento del valore iniziale (nel caso di lavori).

La previgente formulazione dell'art. 106, comma 2, del Codice, circoscriveva invece tale possibilità di modifica alle sole ipotesi in cui la necessità di modificare il contratto discendesse da errori od omissioni del progetto esecutivo. Resta comunque ferma la possibilità di modifica del contratto senza necessità di una nuova procedura di gara, ove la necessità di modificare il contratto derivi da errori od omissioni del progetto esecutivo, che pregiudicano in tutto o in parte la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione, con l'obbligo di rispettare le soglie di cui sopra.

## Le buone notizie !!!

### TUTTI GLI O.E.

#### **Termini per l'emissione dei certificati di pagamento**

Riprendendo in parte le previsioni contenute nel D.P.R. 207/2010, il nuovo art. 113-*bis* *interviene sui termini per l'emissione dei certificati di pagamento, prevedendo che i certificati di pagamento relativi agli acconti del corrispettivo di appalto devono essere emessi nel termine di quarantacinque giorni dall'adozione di ogni stato di avanzamento dei lavori.*

Vengono inoltre precisati i termini di rilascio del certificato di pagamento ai fini dell'emissione della fattura da parte dell'appaltatore, all'esito positivo del collaudo o della verifica di conformità, con il rinvio ai termini di cui all'art. 4, commi 2, 3, 4, 5 del D.Lgs. 231/2002.

Si prevede inoltre che nei contratti di appalto siano determinate penali per il ritardo nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali da parte dell'appaltatore commisurate ai giorni di ritardo e proporzionali rispetto all'importo del contratto o alle prestazioni del contratto. Le penali dovute per il ritardato adempimento sono calcolate in misura giornaliera compresa tra lo 0,3 per mille e l'1 per mille dell'ammontare netto contrattuale da determinare in relazione all'entità delle conseguenze legate al ritardo e non possono comunque superare, complessivamente, il 10 per cento di tale ammontare netto contrattuale

## Le buone notizie !!!

### CLAUSOLE SOCIALI

#### Art. 30 comma 4

Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.

#### Art. 50

**OBBLIGO** e non più mera facoltà della SA di introduzione delle stesse negli appalti cd “labour intensive”

## Le buone notizie !!!

### M.P.M.I.

- Riduzione del 50% dell' **importo della cauzione** per le MPMI e per i RTI composti solo da PMI (Art. 93 comma 7)
- **Abolizione** per le PMI e per i RTI composti solo da MPMI dell'obbligo di produrre già in gara **l'impegno del garante a rilasciare la cauzione definitiva** in caso di aggiudicazione (Art. 93 comma 8)

## Le buone notizie !!!

### **GARANZIA PROVVISORIA e DEFINITIVA**

Nuove forme di prestazione della **cauzione provvisoria**: assegni circolari e bonifico bancario (Art. 93 comma 2)

Facoltà della stazione appaltante di non richiedere queste ultime nell'ambito delle procedure per l'affidamento di contratti di importo inferiore a 40.000 euro (Artt. 93, comma 1, e 103, comma 11).

Modificato parzialmente il regime delle riduzioni e ampliate le possibilità di cumulo, precisando che, in caso di cumulo delle riduzioni, la riduzione successiva deve essere calcolata sull'importo che risulta dalla riduzione precedente (Art. 93 comma 7)

## Cauzione Provvisoria

### Si torna alla responsabilità oggettiva

ART. 93

~~6. La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione, per fatto dell'affidatario riconducibile ad una condotta connotata da dolo o colpa grave.~~

SI TORNA AL REGIME PREVIGENTE

6. La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159

## Le buone notizie !!!

### LAVORI

Estensione del periodo rilevante ai fini della **qualificazione per gli appalti** (Art.84 comma 4 lett. b) – Ai fini dell'individuazione del periodo di attività documentabile per il conseguimento della qualificazione SOA sarà utilizzabile il decennio antecedente la data di sottoscrizione del contratto con la SOA

Cifra d'affari per appalti superiori ai 20 mln (Art.84 comma 7 lett. a) - si considerano migliori cinque dei dieci anni antecedenti la data di pubblicazione del bando

#### **ATTENZIONE** – Art. 84 comma 4-bis

Le SOA dovranno segnalare all'ANAC gli operatori che, ai fini della qualificazione, rendono dichiarazioni false o producono documenti non veritieri. Viene prevista, per il caso di accertamento da parte dell'ANAC della colpa grave o del dolo dell'operatore interessato, l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione fino a due anni dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto, ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera g)

## Le buone notizie !!!

### LAVORI – DIREZIONE TECNICA

Art. 84 comma 12-bis

I soggetti che alla data di entrata in vigore del presente codice svolgevano la funzione di direttore tecnico presso un esecutore di contratti pubblici e in possesso alla medesima data di una **esperienza almeno quinquennale**, fatto salvo quanto disposto dall'articolo 146, comma 4, del presente codice [BENI CULTURALI], possono continuare a svolgere tali funzioni.

## Le buone notizie !!!

### APPALTI di SERVIZI

#### Art. 83 comma 5

Il fatturato minimo annuo richiesto non può comunque superare il doppio del valore stimato dell'appalto, **calcolato in relazione al periodo di riferimento dello stesso**, salvo in circostanze adeguatamente motivate relative ai rischi specifici connessi alla natura dei servizi e forniture, oggetto di affidamento.

## Le buone notizie !!!

### PROGETTAZIONE

Le Amministrazioni avranno **l'obbligo** e non più la facoltà di impiegare le **tariffe professionali** ai fini dell'individuazione della base d'asta (Art. 24 comma 8)

Le stazioni appaltanti non possono subordinare la corresponsione dei compensi relativi allo svolgimento della progettazione e delle attività tecnico-amministrative ad essa connesse all'ottenimento del finanziamento dell'opera progettata. (Art. 24 comma 8 bis)

Un'altra **tutela economica per i progettisti** è il divieto per la stazione appaltante di sostituire il corrispettivo con forme di sponsorizzazione o di rimborso, ad eccezione dei contratti relativi ai beni culturali (Art. 24 comma 8-ter)

## Altre novità per i progettisti

In aggiunta al decreto sui livelli della progettazione previsto dall'art. 23, si prevede l'adozione da parte Ministero delle infrastrutture, su proposta del Consiglio superiore dei lavori pubblici, di apposite linee guida per la **progettazione semplificata degli interventi di manutenzione ordinaria fino a un importo di 2.500.000 euro** (art. 23 comma 3-bis)

Viene previsto che, ai soli fini delle attività di programmazione triennale dei lavori pubblici e dell'espletamento delle procedure di dibattito pubblico, nonché dei concorsi di progettazione e di idee, il **progetto di fattibilità**, pur salvaguardando l'obiettivo irrinunciabile della qualità della progettazione, **può essere redatto in 2 fasi successive** di elaborazione, la prima delle quali denominata "*documento di fattibilità delle alternative progettuali*". Ciò consente di agevolare le amministrazioni nella fase di programmazione e di ripartire l'impegno economico in due fasi progettuali, in considerazione del fatto che come concepito nel nuovo Codice, il progetto di fattibilità costituisce un livello di progettazione molto ampio e complesso, che comporta tra l'altro un notevole dispendio di risorse economiche non sempre disponibili in questa fase. **In tutti gli altri casi, il progetto di fattibilità deve sempre essere redatto in un'unica fase.** (Art. 23 comma 5)

## Le buone notizie !!!

### TUTTI GLI O.E.

E' fatto divieto di porre a carico dei concorrenti, nonché dell'aggiudicatario, eventuali **costi connessi alla gestione delle piattaforme** [informatiche]. Art. 41 comma 2-bis

Conformemente all'atto di segnalazione ANAC n. 3 del 25-02-2015.

#### 3. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni svolte, tenuto conto che alcune centrali di committenza, pur in assenza di specifica norma, ritengono legittimo porre a carico dell'aggiudicatario le spese di funzionamento delle piattaforme elettroniche dalle medesime gestite ovvero quelle connesse all'adesione a convenzioni quadro da esse stipulate, considerata, inoltre, la controversia interpretativa sorta sul tema, l'Autorità nel segnalare il fenomeno, che peraltro contribuisce ad alimentare il già elevato contenzioso in materia di appalti pubblici, ritiene opportuno un intervento legislativo con cui sia espressamente previsto il divieto, salvo diversa previsione di legge, di porre le spese di gestione della procedura – siano esse riferite all'utilizzo di piattaforme elettroniche (anche in ASP) ovvero alla stipula di convenzioni – a carico dell'aggiudicatario della procedura di gara.

In passato si ritenevano ammessi: CdS sentenza n. 3042 del 17-06-2014 “la contribuzione (stabilita in via forfettaria) alle spese dei sistemi informatici di gara, sotto forma di commissione di transazione, a carico degli aggiudicatari in esito ad asta elettronica o gara telematica, è da qualificarsi come spesa contrattuale” e ancora “nell'ordinamento statale, dalla richiamata disciplina di cui alle leggi finanziarie n. 296 del 2006 e n. 244 del 2007 ed al d.-l. n. 98 del 2011 – della possibilità di prevedere forme di remunerazione del gestore delle piattaforme telematiche d'acquisto (nelle aste elettroniche e gare telematiche), a carico delle imprese aggiudicatarie

## Alcuni punti qualificanti

### APPALTO INTEGRATO

Viene superata una delle più impattanti novità del Dlgs. n. 50/16, ovvero il divieto di affidamento congiunto della progettazione e della esecuzione di un'opera pubblica. Tale istituto è invece oggi ammesso dall'art. 59, comma 1-*bis*, “*nei casi in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori*”, casi da motivare congruamente nella determina a contrarre.

**Fino al 20 maggio 2018**

Il divieto di cui all'articolo 59, comma 1, quarto periodo, non si applica per le opere i cui progetti definitivi risultino definitivamente approvati dall'organo competente alla data di entrata in vigore del presente codice con pubblicazione del bando entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione.

## Alcuni punti qualificanti

### CONTRAENTE GENERALE

#### Art. 195

Fissazione di una **soglia pari a 100 mln** per l'espletamento di procedure di affidamento a contraente generale, al di sotto della quale non sarà possibile ricorrervi.

Viene confermato che la scelta di aggiudicare mediante affidamento al contraente generale deve essere motivata dalla stazione appaltante in ragione della complessità e di altre esigenze al fine di garantire un elevato livello di qualità, sicurezza ed economicità.

## Le grandi novità - SUBAPPALTO

Rispetto alla prima formulazione del codice, il decreto correttivo al codice rafforza – nel primo comma - **il principio generale di esecuzione diretta**

*“I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice ~~di norma~~ eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto.”*

**Resta fermo il limite quantitativo del 30% dell'importo contrattuale** - La previsione della bozza di correttivo che prevedeva il limite del 30% solo per la categoria prevalente consentendo il subappalto integrale delle scorporabili è stata espunta

Attenzione per alla cumulabilità con il 30% delle SIOS in base all'art 1 comma 2 Decreto MIT 10 novembre 2016, n. 248

## Le grandi novità - SUBAPPALTO

**Viene eliminata la necessità che il bando di gara preveda espressamente la facoltà di poter ricorrere al subappalto**, espressione che poteva lasciar spazio a dubbi interpretativi di non poco conto (comma 4)

Questa facoltà di affidare a terzi, prima della correzione del suddetto comma con il D.Lgs. 56/2017, doveva essere prevista espressamente nel bando di gara, anche limitatamente a singole prestazioni, e per i lavori doveva essere indicato nello stesso la categoria o le categorie per le quali era ammesso il subappalto, tenendo presente che tutte le prestazioni e le lavorazioni a qualsiasi categoria appartenessero erano subappaltabili; ora invece nel predetto Decreto Correttivo viene definito che l'affidatario del contratto di appalto può affidare in subappalto lavori, servizi o forniture a quei soggetti che non abbiano partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto e che sono qualificati nella relativa categoria di prestazione.

## Le grandi novità - SUBAPPALTO

Per quel che riguarda le forniture con posa in opera e i noli a caldo, viene reintrodotta la disciplina prevista dall'art. 118 del Codice abrogato (D.Lgs. 163/2006), secondo cui: *“Costituisce comunque subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare; per i lavori, le attività ovunque espletate sono quelle poste in essere nel cantiere cui si riferisce l'appalto”*.

## Le grandi novità - SUBAPPALTO

### SERVIZI e FORNITURE

Anche per i servizi e le forniture si torna a circoscrivere la nozione di subappalto a quei contratti che “richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare

PRIMA SOLO per i LAVORI

## Le grandi novità - SUBAPPALTO

### NUOVI PRESUPPOSTI per il RILASCIO AUTORIZZAZIONE

I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché:

- a) **l'affidatario del subappalto non abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto;**
- b) il subappaltatore sia qualificato nella relativa categoria **[e la classifica? e per il sotto soglia SOA - 150.000 euro?];**
- c) all'atto dell'offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare;
- d) il concorrente dimostri l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80.

## Le grandi novità - SUBAPPALTO

### NUOVI PRESUPPOSTI per il RILASCIO AUTORIZZAZIONE

La dichiarazione di subappalto può essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto nelle sole ipotesi in cui il concorrente sia a propria volta in possesso delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione in via autonoma delle lavorazioni oggetto dell'appalto, ossia nelle sole ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, non la via necessitata per partecipare alla gara.

**Al contrario, nei casi in cui il subappalto si renda necessario a cagione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione, la dichiarazione deve contenere anche l'indicazione del subappaltatore e la dimostrazione del possesso, da parte di quest'ultimo, dei requisiti di qualificazione**

## Le grandi novità - SUBAPPALTO

### NUOVI PRESUPPOSTI per il RILASCIO AUTORIZZAZIONE

L'indicazione delle prestazioni che si intendono subappaltare è condizione determinante al solo fine di far ottenere successivamente dalla concorrente affidataria l'autorizzazione del subappalto. Secondo un primo minoritario orientamento giurisprudenziale, **i vizi della dichiarazione si riverbererebbero già nella fase di gara, determinando l'illegittimità dell'aggiudicazione**; così, ad esempio, è stata dichiarata illegittima l'aggiudicazione dell'appalto ad una impresa che in fase di gara si è limitata ad affermare di voler subappaltare o concedere in cottimo tutte le lavorazioni nel massimo consentito dalla legge, senza meglio specificare quali fossero tali lavorazioni.

Rimane, tuttavia, che l'orientamento dominante e consolidato è nel senso che **la dichiarazione di subappalto generica o incompleta non comporta esclusione dalla gara, ma solo l'impossibilità di ottenere l'autorizzazione al subappalto** in caso di aggiudicazione.

Viene ritenuto, quindi, che anche la *dichiarazione del tutto omessa od incompleta od erronea non sia in grado di determinare l'esclusione della gara*, sino a giungere ad affermare, in via più generale, che i vizi delle dichiarazioni relative al subappalto non determinano esclusione dalla gara, ma semmai impossibilità di ricorrere al subappalto.

## Le grandi novità - SUBAPPALTO

### RISCRITTO l'OBBLIGO di INDICAZIONE della TERNA

~~E' obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori, qualora gli appalti di lavori, servizi o forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 e per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione.~~

~~In tal caso il bando o avviso con cui si indice la gara prevedono tale obbligo. Nel bando o nell'avviso la stazione appaltante può prevedere ulteriori casi in cui è obbligatoria l'indicazione della terna anche sotto le soglie di cui all'articolo 35.~~

E' obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori **in sede di offerta**, qualora **gli appalti** di lavori, servizi e forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 o, indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate al comma 53 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190.

Nel caso di appalti aventi ad oggetto più tipologie di prestazioni, la terna di subappaltatori va indicata con riferimento a ciascuna tipologia di **prestazione omogenea** prevista nel bando di gara.

## Le grandi novità - SUBAPPALTO

### QUESTIONE INTERPRETATIVA

Per la maggior parte dei commentatori l'obbligo di indicare la terna nascerebbe **solo in presenza di un appalto che abbia come oggetto specifico una delle attività delle white list, nel caso in cui l'appaltatore intenda subappaltarle tutte o in parte.**

Tale impostazione, basata sull'oggetto specifico del contratto di appalto, potrebbe ritenersi coerente con una recente giurisprudenza in tema di applicazione delle “white list”.

In particolare, secondo tale giurisprudenza, gli eventuali interventi di scavo e smaltimento dei materiali di risulta, svolti all'interno di un contratto, senza divenire oggetto esclusivo dell'appalto, non possono da soli determinare per l'appaltatore l'obbligo di iscrizione nell'elenchi; ciò, anche in considerazione del fatto che queste sono attività complementari e accessorie allo stesso che, in genere, contraddistinguono molti appalti di lavori pubblici - (T.A.R. Campania, Sez. I, sent. 23 marzo 2016, n. 1511).

## Le grandi novità - SUBAPPALTO

Le categorie di forniture o servizi che per le loro specificità **non si configurano come attività affidate in subappalto**

Aggiunta all'art. 105, comma 3 la lettera c)-bis

Le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di **contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura** sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono depositati alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto.

## Le grandi novità - SUBAPPALTO

Si ammette più chiaramente **l'associazione in partecipazione**

Art. 105, comma 20

“Ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente articolo è consentita, in deroga all'articolo 48, comma 9, primo periodo, la costituzione dell'associazione in partecipazione quando l'associante non intende eseguire direttamente le prestazioni assunte in appalto”.

### **QUESTIONE DELICATA**

### **Principali Tutele dei Subappaltatori**

Art. 105, comma 13

La stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizi ed 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 da parte dell'appaltatore;
- c) su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente.

Art. 105, comma 14

L'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso non superiore al venti per cento, nel rispetto degli standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto.

## Le grandi novità - SUBAPPALTO

### SIOS

Art. 105, comma 5

Per le opere di cui all'articolo 89, comma 11, e fermi restando i limiti previsti dal medesimo comma, l'eventuale subappalto non può superare il 30% dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso.

Opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, il cui valore superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori.

**Decreto ministeriale 10 novembre 2016, n. 248** definisce l'elenco delle SIOS, nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione.

Art. 1 comma 2 - Ai sensi dell'articolo 89, comma 11, del Codice il presente decreto individua, in particolare, le opere per le quali non è ammesso, l'avvalimento qualora il loro valore superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori e per le quali, ai sensi dell'articolo 105, comma 5 del Codice, l'eventuale subappalto non può superare il 30% dell'importo delle opere e, non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso. **Il limite di cui al presente comma non è computato ai fini del raggiungimento del limite di cui all'articolo 105, comma 2 del Codice.**

### Nuove previsioni finalizzate a reprimere l'avvalimento cd CARTOLARE

#### EX ANTE

Art. 89, comma 1 ult. cpv

il contratto di avvalimento contiene, **a pena di nullità**, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.

Nel sancire la nullità genetica del contratto non si distingue tra avvalimento “di garanzia” e avvalimento “operativo”

Il problema sembra comunque superabile sul piano interpretativo nel senso che il legislatore abbia voluto superare in senso assoluto *quell'indirizzo giurisprudenziale (per vero tutt'altro che pacifico) che distingueva tra avvalimento c.d. operativo ed avvalimento c.d. di garanzia, a seconda che il bando di gara richieda un requisito di natura tecnica ovvero meramente finanziaria, precisando che, nel secondo caso, non occorre che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una determinata consistenza patrimoniale*

## Le grandi novità - AVVALIMENTO

### REQUISITI IMMATERIALI PROBLEMA

Il fatturato specifico in servizi analoghi come può transitare dall'ausiliaria al concorrente?

Quali risorse concrete devono essere messe a disposizione dall'ausiliaria al concorrente?

E' sufficiente la predisposizione di un programma di formazione del personale dell'impresa concorrente? (giurisprudenza consolidata)

#### **Linee Guida ANAC in attesa di approvazione**

Qualora l'avvalimento abbia ad oggetto requisiti immateriali e non sia possibile una precisa individuazione e/o delimitazione dei mezzi e delle risorse a questi correlati, il contratto di avvalimento deve prevedere l'effettiva messa a disposizione, anche non esclusiva, del complesso organizzato di beni e risorse costituenti l'organizzazione aziendale globalmente considerata o un suo ramo inteso come unità organizzativa funzionalmente autonoma. L'impresa ausiliaria può continuare ad utilizzare il complesso della sua organizzazione aziendale, purché l'esecutore abbia in qualunque momento la possibilità di acquisire la disponibilità materiale di qualsiasi risorsa di cui abbia necessità per l'esecuzione del contratto. Tale condizione deve risultare espressamente dal contratto di avvalimento.

# AVVALIMENTO DELLA CERTIFICAZIONE DI QUALITÀ

## Linee Guida ANAC in attesa di approvazione

Non possono costituire oggetto di avvalimento le certificazioni di qualità di cui all'art. 87, del Codice.

### **TAR LAZIO ROMA SEZ. II, SENTENZA DEL 14 LUGLIO 2017, N. 8520 (SENTENZA.8520/2017)**

L'ammissibilità dell'avvalimento della certificazione di qualità costituisce un dato pacifico nel nuovo codice dei contratti, laddove uno specifico criterio di delega (art. 1, comma 1, lett. zz) del d.lgs n. 11/2016) prevedeva «[la] revisione della disciplina vigente in materia di avvalimento, nel rispetto dei principi dell'Unione europea e di quelli desumibili dalla giurisprudenza amministrativa in materia, imponendo che il contratto di avvalimento indichi nel dettaglio le risorse e i mezzi prestati, con particolare riguardo ai casi in cui l'oggetto di avvalimento sia costituito da certificazioni di qualità o certificati attestanti il possesso di adeguata organizzazione imprenditoriale ai fini della partecipazione alla gara [..]»

Dispositivo che sembra convergere con la giurisprudenza amministrativa, anche quella più rigorosa che non esclude tout court l'utilizzabilità dell'istituto dell'avvalimento ma, piuttosto, si è preoccupata di definirne l'ambito di operatività in ordine al *quomodo* della prestazione del requisito, esigendo che esso non sia meramente cartolare ma investa concretamente tutte le risorse personali e materiali necessarie a rendere effettivo tale ausilio (Cons. St., sez. IV, sentenza n. 3467 del 1° agosto 2016)

## Le grandi novità - AVVALIMENTO

**Il contratto di avvalimento che non rechi le risorse specifiche può formare oggetto di soccorso istruttorio (con eventuale penalizzazione sul rating)?**

Giurisprudenza precedente ondivaga

Adesso la risposta è data dall'aggiunta della previsione della nullità di cui sopra

Art. 1423 c.c. (Inammissibilità della convalida) – Il contratto nullo non può essere convalidato, se la legge non dispone diversamente

## Le grandi novità - AVVALIMENTO

### **La radicale omissione del contratto di avvalimento è sanabile con il soccorso istruttorio?**

Paradossalmente rispetto a questa fattispecie si potrebbe ipotizzare un soccorso istruttorio laddove il concorrente sia in grado di dimostrare che il contratto di avvalimento è stato comunque sottoscritto in data (CERTA) anteriore al termine di scadenza dell'offerta

## Le grandi novità - AVVALIMENTO

### Nuove previsioni finalizzate a reprimere l'avvalimento cd CARTOLARE

#### EX POST

Art. 89, comma 9

A tal fine il RUP accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento, **pena la risoluzione del contratto di appalto.**

Si veda anche il comma 12 dell'art. 31 (Ruolo e funzioni del RUP negli appalti e nelle concessioni)

**POSSIBILE INTERPRETAZIONE RESTRITTIVA DEL VINCOLO** Cfr. art. 89, comma 1  
Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste.

### La clausola risolutiva nel contratto di avvalimento

TAR ABRUZZO sentenza n. 216 del 7 luglio 2017

Nel caso sottoposto all'esame del giudice, la clausola del contratto di avvalimento, recitava testualmente: "Il presente contratto si intenderà tacitamente risolto e perderà validità in caso di mancata aggiudicazione dell'incarico al concorrente con la pubblicazione del verbale di aggiudicazione definitiva"

L'impresa ausiliata non si è aggiudicata la gara ed ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione

Il ricorso è stato dichiarato inammissibile in ragione della sopravvenuta perdita dei requisiti conseguente all'operatività della citata clausola risolutiva

SI CONSIGLIA di evitare questo tipo di clausola e prevedere modalità di scioglimento del contratto di avvalimento che tengano conto sia della possibilità di attivare dei contenziosi sia la possibilità eventualmente di rendersi disponibili in caso di interpello per gli appalti a scorrimento (anche se in questo secondo caso si può sanare stipulando ex novo il contratto di avvalimento – Vedi Consiglio di Stato sez. III, 6 marzo 2017, n. 1050)

## Le grandi novità - AVVALIMENTO

### **Avvalimento (cd STABILE) per la dimostrazione dei requisiti di qualificazione - SOA**

Il Correttivo ha eliminato dall'art. 89, comma 1, l'inciso che consentiva l'avvalimento anche per la dimostrazione dei requisiti di qualificazione di cui all'art. 84.

## Le grandi novità - AVVALIMENTO

### **Che fine ha fatto l'avvalimento infragruppo dell'attestazione SOA?**

Dopo essermi letto le linee guida in consultazione da parte di ANAC sull'avvalimento mi è sorto spontaneo un quesito: che fine ha fatto l'avvalimento (STABILE) infragruppo dell'attestazione SOA di cui al combinato disposto dell'art. 50 del vecchio codice e dell'art. 88 del DPR 207/2010?

Non avendolo disciplinato nel nuovo Codice, neanche dopo i vari correttivi, mi aspettavo che qualcosa dicessero le Linee Guida.

Può essere che la modifica apportata al codice dal decreto correttivo 56/2017 che ha eliminato, dall'art. 89, l'inciso che consentiva l'avvalimento anche per la dimostrazione dei requisiti di qualificazione di cui all'art. 84 del codice (cioè quelli necessari all'attestazione Soa), si riferisca anche all'avvalimento infragruppo?

#### INTANTO

Una recente sentenza del TAR Lazio (TAR Lazio, Roma, Sez. II-quater, 19 luglio 2017, n. 8704) ha ribadito l'assenza di una deroga alla normativa prevista dal D.Lgs. 50/16 nell'ipotesi di avvalimento infragruppo (in fase di gara) imponendo, anche in tal caso, l'obbligo di allegare il contratto di avvalimento. Fermo quanto sopra esposto, si rileva che la sentenza in argomento (TAR Lazio n. 8704/17, cit.) richiamando altre sentenze sul punto (TAR Toscana, sez. I, 15 luglio 2016, n. 1197; TAR Umbria, 2 gennaio 2017, n. 19), ha ritenuto possibile la produzione del contratto di avvalimento in un momento successivo alla originaria presentazione della documentazione, tramite la procedura del soccorso istruttorio, a patto che detto contratto sia già stato sottoscritto alla data di presentazione dell'offerta.

## Le grandi novità - ATI

### **Art. 83 comma 8**

Si torna a sancire che l'impresa mandataria debba possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria. (Obbligo che era sparito con il nuovo Codice)

### **Art. 48**

Si introduce un'ulteriore deroga al principio di immodificabilità dell'ATI, attraverso l'introduzione (commi 17 e 18) del “salvataggio” in caso di perdita dei requisiti generali di cui all'art. 80 in capo ad un membro dell'ATI (mandatario o mandante) sia in fase esecutiva **sia in fase di gara** (comma 19-ter)

Lo stesso meccanismo opera per i Consorzi di qualsiasi tipo (commi 7-bis e 19-bis)

**NON SI DICE al riguardo che la modifica debba avvenire all'interno dell'ATI**

### **ATTENZIONE**

Non viene chiarito invece se la stessa eccezione si applichi ai soggetti di cui alla terna dei subappaltatori stante l'art. 80 comma 1

## Le grandi novità – RATING di IMPRESA

### **Art. 83 comma 10**

**Il rating di impresa negli appalti pubblici non sarà più obbligatorio, svincolato dal rating di legalità e applicabile a tutti i contratti (lavori, forniture e servizi)**

**Diventa rilevante ai fini dell'attribuzione di punteggi premiali in sede di gara (Art. 95 comma 13) e per la riduzione della cauzione provvisoria (Art. 97 comma 7)**

Le modifiche hanno una finalità ben precisa: tenere conto di quanto Anac aveva avuto modo di fare presente a governo e parlamento con l'atto di segnalazione n.2 del primo febbraio 2017 che mise in evidenza diverse criticità contenute nel decreto 50/2016.

In particolare, l'Anac aveva rilevato che il «rating di impresa, così come descritto dalla vigente normativa, vale a dire costruito su un sistema di premialità (e penalità) da applicarsi ai soli fini della qualificazione delle imprese, rischia(va) di risolversi in un notevole aggravio burocratico per le imprese, le stazioni appaltanti e, in ultima analisi, l'Autorità». Ecco allora le modifiche apportate dal decreto correttivo e proposte dall'Anac anche per evitare distonie della disciplina rispetto al divieto di «gold plating», che incidono in primo luogo su un elemento fondamentale: l'obbligatorietà del possesso.

Dal 20 maggio (data di entrata in vigore del decreto 56/2017, pubblicato sul supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n.103 del 5 maggio), per il sistema del rating di impresa e delle relative premialità gestito dall'Anac, l'Autorità rilascerà la certificazione agli operatori economici su loro richiesta e quindi la certificazione del rating non sarà più obbligatoria ma facoltativa.

## Le grandi novità – RATING di IMPRESA

Un secondo profilo toccato dal correttivo concerne l'eliminazione dell'esclusivo collegamento tra rating di impresa e qualificazione dei lavori in maniera da rendere il rating di impresa applicabile anche a forniture e servizi e non solo al settore dei lavori. Su questo l'Anac, nella segnalazione di inizio anno, aveva fatto presente che la norma del 2016 introduceva «una limitazione irragionevole del suo impiego in considerazione delle dimensioni dei mercati dei servizi e delle forniture e delle numerose criticità riscontrate nel tempo proprio in ordine alla qualità esecutiva dei relativi affidamenti».

Eliminata anche, nella correzione del decreto 56, la parte in cui si disponeva che i requisiti reputazionali alla base del rating di impresa dovessero tenere conto del rating di legalità (che peraltro può essere chiesto da imprese che abbiano raggiunto un fatturato minimo di 2 milioni).

Nella modifica del comma 10 dell'articolo 83 viene poi soppresso il riferimento alla capacità strutturale dell'impresa, così da rendere applicabile il rating ad elementi di affidabilità dell'impresa stessa. Il sistema che sarà messo in piedi dall'Anac consentirà quindi di assegnare al soggetto che ne farà richiesta delle premialità (non anche delle penalità come prevedeva il decreto 50) in relazione ai precedenti comportamenti dell'impresa, con riferimento al mancato utilizzo del soccorso istruttorio, all'applicazione delle disposizioni sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive, nonché al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e dell'incidenza e degli esiti del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara sia in fase di esecuzione del contratto.

## Le grandi novità – SOTTO SOGLIA

### AFFIDAMENTI DIRETTI

In un'ottica di semplificazione degli affidamenti diretti di importo inferiore a 40.000 euro, il Decreto Correttivo ha, da un lato, eliminato la necessità di “*adeguata motivazione*”; *dall'altro lato, ha precisato che l'affidamento non deve necessariamente avvenire previa consultazione di due o più operatori economici.*

A prescindere dai dubbi circa l'effettiva utilità della previsione dell'onere di adeguata motivazione contenuta nella precedente disposizione, posto che ogni provvedimento adottato dalla stazione appaltante, ivi compreso l'affidamento di contratti di importo inferiore a 40.000 euro, dovrebbe essere motivato, in conformità ai principi generali dell'azione amministrativa (legge 241/1990), giova osservare che l'ANAC era intervenuta sul tema, precisando che l'onere motivazionale in parola poteva intendersi soddisfatto mediante la valutazione comparativa dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici.

L'intervento del Decreto Correttivo sul punto solleva, dunque, l'esigenza di un allineamento delle linee guida dell'ANAC rispetto alla nuova formulazione della norma.

### **AFFIDAMENTI DIRETTI**

Resta naturalmente inteso che la scelta dell'operatore economico dovrà continuare ad essere motivata alla luce della normativa vigente (legge 241/1990) e sulla base di quanto previsto dalle linee guida dell'ANAC, che richiedono alla stazione appaltante di dare comunque conto, all'atto dell'affidamento:

- del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella determina a contrarre o nell'atto ad essa equivalente;
- della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la stazione appaltante deve soddisfare;
- di eventuali caratteristiche migliorative offerte dall'affidatario;
- della congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione;
- del rispetto del principio di rotazione.

## Principio di Rotazione nelle sottosoglia

### *La declinazione del principio di rotazione in tutte le negoziate con il correttivo*

Art. 36, co. 1 - *L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi ~~di cui all'articolo 30, comma 1, nonché nel rispetto del principio di rotazione~~ di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese*

Il principio rotazione è ora chiaramente indicato come rotazione degli inviti (e non solo degli affidamenti).

A questo punto l'affidamento diretto all'operatore uscente senza confronto competitivo è escluso, se lo si invita comunque all'eventuale indagine di mercato (inf. 40.000) o al confronto competitivo formalizzato (sopra 40.000), scatta l'obbligo motivazionale rafforzato.

L'assenza di un albo o elenco formalizzato non può essere considerato un ostacolo in quanto il RUP può far ricorso ad ogni ulteriore, ed anche informale, sistema per esplorare il mercato degli OO.EE. idonei

### In consultazione le nuove linee guida ANAC

L'Autorità nazionale anticorruzione (Anac), dopo il Correttivo al **Codice Appalti**, ha messo in consultazione un documento (Contratti sotto la soglia comunitaria aggiornate al D.lgs. 56/2017) che sostituirà le **linee guida n. 4** (Contratti sotto la soglia comunitaria)

Secondo l'Anticorruzione ci sono degli aspetti irrisolti per rendere il mercato degli appalti più spedito, ma sempre con un occhio di riguardo alla legalità.

#### Principio di rotazione degli inviti più elastico

Sul principio di rotazione degli inviti nelle gare sotto soglia si è **recentemente pronunciato anche il Consiglio di Stato (sentenza 31/08/2017 n. 4125)**, ribadendo la sua obbligatorietà. Tuttavia, l'Anac propone regole più elastiche, senza perdere di vista la tutela della legalità e della concorrenza, sulla base di una serie di considerazioni. In primo luogo, l'esclusione a priori dell'operatore uscente significa che la Stazione Appaltante dovrà privarsi di un soggetto che si è comportato in modo corretto ed efficiente. A sua volta l'operatore, sapendo che non sarà richiamato, non sarà incentivato a mantenere un comportamento corretto, anzi, ci sarà il rischio che formuli offerte molto competitive per prestazioni che poi non sarà in grado di mantenere. D'altra parte, l'Anac invita a considerare che il consolidarsi di rapporti tra stazione appaltante e singoli operatori economici aumenta il rischio di rendite di posizione, corruzione o favoritismi.

## Le grandi novità – SOTTO SOGLIA

L'Anac sottolinea inoltre che i contratti sotto soglia comunitaria, via via affidati da una determinata stazione appaltante, possono essere di **importo molto differente tra loro**. In presenza di un rigido principio di rotazione, l'operatore economico che è invitato a partecipare alla procedura per l'affidamento di un contratto di modico valore potrebbe vedersi pregiudicata la possibilità di essere invitato a presentare un'offerta per l'aggiudicazione di un contratto di ben più considerevole importo.

Secondo l'Anticorruzione, una possibile soluzione sarebbe dividere gli elenchi degli operatori per **fasce di importo** in modo che un operatore economico invitato per un affidamento rientrante in una determinata sezione non possa partecipare a procedure per affidamenti relativi alla medesima sezione.

C'è infine un'altra questione, sottolinea l'Anac. Nel caso in cui si confermi il divieto di estrarre nuovamente un soggetto già selezionato, in che momento sarebbe necessario superare il divieto? Man mano che si eliminano dall'elenco i soggetti già selezionati, spiega l'Anticorruzione, si **riduce il numero dei concorrenti**, rischiando di rendere prevedibile la lista dei selezionati per determinate procedure. Ad un certo punto, da decidere insieme agli operatori del settore, bisognerebbe quindi riammettere gli operatori già selezionati.

## Le grandi novità – SOTTO SOGLIA

### **Affidamento diretto, controlli più agili**

Per la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario nel caso di affidamento diretto, l'Anac propone quattro alternative:

- verificare che l'aggiudicatario possieda tutti i requisiti previsti, come accade per le procedure negoziate, in modo da tutelare l'interesse pubblico e la legalità;
- dare alle Stazioni Appaltanti la possibilità di non effettuare il controllo dei requisiti di ordine generale e speciale in determinati casi, ad esempio sotto certe soglie, da decidere, o per gli acquisti sul mercato elettronico, che già prevede dei controlli a campione;
- limitare le verifiche alle eventuali annotazioni presenti sul casellario informatico dell'Autorità;
- limitare i controlli a quelli considerati obbligatori dalla Direttiva 2014/24/UE (assenza di condanne penali e di irregolarità fiscali e contributive).

### **Appalti urgenti, proposta l'autocertificazione**

Per quanto riguarda i contratti da eseguire tempestivamente, con tempi non compatibili alle procedure ordinarie, l'Anac suggerisce questo meccanismo: le Stazioni Appaltanti dovrebbero chiedere all'operatore economico selezionato di autocertificare il possesso dei requisiti e il pagamento del corrispettivo previsto avverrebbe solo dopo una verifica positiva. In mancanza dei requisiti autocertificati, l'Amministrazione potrebbe recedere dal contratto.

### ALTRE NOVITA'

Cresce il numero degli operatori economici da invitare alle procedure negoziate avviate ai sensi dell'art. 36, comma 2, del Codice. In particolare, sale da cinque a dieci il numero minimo di operatori che la stazione appaltante è tenuta a invitare, ove esistenti, alle procedure negoziate per gli affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro. Contestualmente, viene innalzato da dieci a quindici il numero minimo di operatori da consultare per gli affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro.

Si introduce inoltre la possibilità di ricorrere alle procedure per l'affidamento dei contratti sotto-soglia nel caso di lavori da realizzarsi da parte dei soggetti privati titolari di permesso di costruire, relativi alle opere di urbanizzazione a scomputo, per importi inferiori alle soglie comunitarie. La precedente versione del Codice richiedeva, invece, l'applicazione della procedura ordinaria con pubblicazione di avviso o bando di gara (comma 3) **Rimane l'incongruenza con l'art.1 comma 2 lett. e) ove il riferimento è ancora alle procedure ordinarie di cui agli artt. 60 e 61**

## Le grandi novità – SOTTO SOGLIA

### ALTRE NOVITA'

Nei mercati elettronici, per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, si prevede che la verifica sull'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 del Codice sia effettuata, da parte del soggetto responsabile dell'ammissione al mercato elettronico su un *“campione significativo” in fase di ammissione e di permanenza (comma 6-bis)*

Una semplificazione per gli affidamenti diretti invece è la possibilità adesso di disporlo con atto unico che ricomprenda, sia la Determina a contrarre che gli elementi di un ordinario atto di affidamento (oggetto, importo, fornitore, ragioni della scelta del fornitore, possesso requisiti). Prassi già diffusa per gli Enti, l'atto *“unico”* per l'affidamento diretto trova quindi adesso anche un espresso riconoscimento legislativo: non sarà più necessario far precedere anche l'affidamento diretto da una apposita Determina a contrarre, invece obbligatoria in tutti gli altri casi (art. 32 comma 2)

## Criteri aggiudicazione appalti

### **La soglia di utilizzo del criterio del prezzo più basso per assegnare i lavori è portata da uno a due milioni (Art. 95 comma 4 lett. a)**

Tuttavia, il criterio “*semplificato*” è ammesso a condizione che la gara sia svolta con procedura ordinaria, e non con semplice procedura negoziata.

Il riferimento all'utilizzo delle procedure ordinarie ha ingenerato il dubbio circa la possibilità del ricorso del criterio del massimo ribasso nelle procedure negoziate di cui all'art. 36 del codice, ossia fino ad un milione di euro.

Il MIT, anche a seguito del quesito formale inviato da ANCE, ha inoltrato una richiesta di parere all'ANAC (prot. n. 81237 del 14 giugno 2017) al fine di individuare l'ambito applicativo più corretto di tale novità; nella stessa era già stato ritenuto ipotizzabile l'uso del criterio del massimo ribasso, con facoltà di esclusione automatica delle offerte anomale, anche in caso di ricorso alle procedure negoziate; ciò, sulla base della nota intenzione del legislatore del nuovo codice di semplificare l'assegnazione delle gare di importo contenuto.

L'ANAC, facendo seguito a tale richiesta, con delibera dell'adunanza consiliare del 14 giugno 2017 (prot. n. 0084346 del 23/06/2017), ha ritenuto l'opzione ermeneutica proposta dal Ministero l'unica rispondente ai criteri di ragionevolezza e dunque pienamente condivisibile.

Pertanto, anche ad avviso dell'ANAC, si ritiene consentito l'utilizzo del criterio del massimo ribasso anche nelle procedure negoziate di cui all'art. 36, comma 2, lettera c), ossia per importi da 150.000,00 e fino a 1 milione di euro.

## Criteri aggiudicazione appalti

**Viene introdotto il comma 10-bis, riguardante l'utilizzo dell'OEV, contenente un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento, al fine di valorizzare gli elementi qualitativi dell'offerta.**

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con una segnalazione del 18 agosto 2017, ha evidenziato che la scelta del legislatore di prevedere, relativamente al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, una soglia massima, pari al 30%, per l'attribuzione del punteggio economico, oltre a non trovare fondamento nella normativa nazionale ed euro-unitaria e negli orientamenti giurisprudenziali e dell'Anac, limita eccessivamente e ingiustificatamente la valorizzazione dell'offerta economica, in particolare in quei mercati dove le forniture possono presentare un elevato grado di omogeneità, conferendo allo stesso tempo un'ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti nella valutazione delle offerte tecniche, con possibile pregiudizio al corretto ed efficiente svolgimento della gara e ad una adeguata concorrenza di prezzo tra gli operatori.

L'AGCM ha dunque invitato Parlamento e Governo a modificare il comma 10-bis dell'articolo 95 del d.lgs. 50/2016, introdotto dal cd. decreto "correttivo"

Come evidenziato dall'Autorità l'introduzione di una soglia predeterminata, rigida e bassa, per il punteggio economico, si pone in contrasto con i principi di concorrenza, non discriminazione e parità di trattamento in quanto l'aggiudicazione dell'appalto dovrebbe avvenire secondo criteri che garantiscano un raffronto obiettivo e ponderato delle offerte al fine di determinare, in condizioni di effettiva concorrenza anche di prezzo, quale sia l'offerta economicamente vantaggiosa.

## Criteri aggiudicazione appalti

### **OPERE AGGIUNTIVE – Art.95 comma 14-bis**

**In caso di appalti aggiudicati con il criterio di cui al comma 3, le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta.**

Testo scritto con i piedi.

Secondo alcuni vale per **tutte le gare aggiudicate con il criterio OEPV**

Secondo altri vale solo **nei casi di cui al comma 3 dell'art.95** dove viene specificato che devono essere aggiudicati, esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica nonché i servizi ad alta intensità di manodopera

Secondo altri ancora solo agli **appalti di lavori**, stante il lemma “opere” aggiuntive

## Indicazione costi manodopera

**Viene riscritto e chiarito il contenuto del comma 10 dell'art.95, relativamente all'indicazione dei costi della manodopera e degli oneri aziendali nell'offerta economica**

~~10. Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.~~

10. Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d).- MINIMI SALARIALI INDICATI NELLE TABELLE MINISTERIALI

COME AVVIENE – Art. 23 comma 16 (news) - Nei contratti di lavori e servizi la stazione appaltante, al fine di determinare l'importo posto a base di gara, individua nei documenti posti a base di gara i costi della manodopera sulla base di quanto previsto nel presente comma.

## Indicazione costi manodopera

### *QUESITI*

***- In merito all'art. 23, comma 16 il costo della manodopera è o no soggetto a ribasso?***

Il costo della manodopera è soggetto a ribasso ed in caso di anomalia va giustificato il rispetto dei minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle ministeriali, ove disponibili

***- Se il costo della mano d'opera non è soggetto a ribasso, a cosa servirebbe definirlo altrimenti?***

Si tratta di una norma frutto di una soluzione di compromesso, rispetto all'ennesima riproposizione dell'emendamento che voleva escludere del tutto il costo della manodopera dalla soggezione al ribasso

***- Nel caso di appalto per la refezione scolastica bisogna calcolare all'interno della manodopera i costi del personale relativo ai centri di distribuzione. Per quanto riguarda il personale del centro di cottura che produce pasti per più comuni come devono essere trattati?***

Bisognerebbe conoscere la contabilità analitica di quel tipo di aziende per determinare il costo della manodopera “a pasto”

***- Se in una gara si prevede che il costo del personale non è soggetto a ribasso, è un errore?***

Il problema si potrebbe porre in caso di verifica dell'anomalia perché non consentendo all'offerente giudicato anomalo di giustificare il ribasso con l'economicità e la produttività proprie si lederebbe la sua posizione giuridica

## Art. 80

Nell'elenco dei reati che determinano l'esclusione (comma 1 lett. b-bis) vengono inserite anche le fattispecie di cui agli articoli 2621 e 2622 cod civ (false comunicazioni sociali), più comunemente conosciute come “**reati di falso in bilancio**”

L'elenco dei soggetti è ulteriormente esteso (comma 3) agli **institori** e ai procuratori generali (dovunque siano e dovunque operino)

Infine, sotto altro e diverso profilo, il Decreto Correttivo ha colmato una lacuna originaria del comma 10 dell'art. 80 del Codice, precisando che, in relazione ai motivi di esclusione di cui ai commi 4 e 5 (in sostanza, tutte le cause di esclusione diverse da quelle derivanti da condanne definitive, di cui al comma 1, e da quelle relative alla normativa antimafia, di cui al comma 2), **la pena accessoria dell'incapacità di contrattare con la P.A.** opera per i tre anni successivi alla data dell’*“accertamento definitivo” dell'evento integrante la causa di esclusione, ove non sia intervenuta sentenza di condanna.*

## Consorzi Stabili

### REGIME di QUALIFICAZIONE (Art. 47)

Si supera la formulazione precedente che sembrava escludere la possibilità per i consorzi stabili costituiti da + 5 anni di continuare qualificarsi sulla base dei requisiti speciali posseduti dalle imprese consorziate

~~2. Per i primi cinque anni dalla costituzione, ai fini della partecipazione dei consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettera c), alle gare, i requisiti economico finanziari e tecnico-organizzativi previsti dalla normativa vigente posseduti dalle singole imprese consorziate esecutrici, vengono sommati in capo al consorzio.~~

2. I consorzi di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c), e 46, comma 1, lettera f), al fine della qualificazione, possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni, sia, mediante avvalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto. Con le linee guida dell'ANAC di cui all'articolo 84, comma 2, sono stabiliti, ai fini della qualificazione, i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni.

# Impugnazione dei provvedimenti di ammissione ed esclusione

Art. 29, comma 1

Accogliendo un'indicazione contenuta nel Parere del CdS, il Decreto Correttivo precisa che il termine [di 30 giorni] per l'impugnazione dei provvedimenti di ammissione ed esclusione (all'esito della verifica del possesso dei requisiti) ai sensi dell'articolo 120, comma 2-bis, *codice processo amministrativo (dlgs 104/2010) decorre dal momento in cui gli atti sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione.*

## Nomina del RUP in seno alla commissione di aggiudicazione

Art. 77, comma 4

I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. **La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura.**

Si rimette alla S.A. il compito di apprezzare, gara per gara, se le attività concretamente svolte dal RUP lo pongano o meno, in una condizione di incompatibilità rispetto alla nomina quale membro della Commissione di aggiudicazione

**Si facilita il contenzioso atto a tutelare l'interesse strumentale alla riedizione della gara (opportunità in più per i gestori uscenti)**

## Certificato di regolare esecuzione

Art. 102, comma 2

Viene previsto che:

**per i lavori di importo superiore a 1 milione di euro e inferiore alla soglia di cui all'art. 35 del Codice**, nei casi espressamente individuati dal decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti che disciplinerà le modalità tecniche di svolgimento del collaudo, il certificato di collaudo può essere sostituito dal certificato di regolare esecuzione rilasciato dal direttore dei lavori;

**per i lavori di importo pari o inferiore a 1 milione di euro e per le forniture e servizi di importo inferiore alla soglia di cui all'art. 35 del Codice**, è sempre facoltà della stazione appaltante sostituire il certificato di collaudo con il certificato di regolare esecuzione.

Nei casi di cui sopra il certificato di regolare esecuzione **deve essere emesso non oltre 3 mesi** dalla data di ultimazione delle prestazioni oggetto del contratto.

## Certificato esecuzione lavori

Art. 86, comma 5-bis

L'esecuzione dei lavori è documentata dal certificato di esecuzione dei lavori redatto secondo lo schema predisposto dall'ANAC con le linee guida di cui all'articolo 83, comma 2. L'attribuzione, nel certificato di esecuzione dei lavori, delle categorie di qualificazione, relative ai lavori eseguiti, viene effettuata con riferimento alle categorie richieste nel bando di gara o nell'avviso o nella lettera di invito. Qualora il responsabile unico del procedimento riporti nel certificato di esecuzione dei lavori categorie di qualificazione diverse da quelle previste nel bando di gara o nell'avviso o nella lettera di invito, si applicano le sanzioni previste dall'articolo 213, comma 13, nel caso di comunicazioni non veritiere.

**E LE VARIANTI ?**

## Controllo tecnico, contabile e amministrativo

Art. 111-bis

**Gli accertamenti di laboratorio e le verifiche tecniche obbligatorie** inerenti alle attività di cui al comma 1, ovvero specificamente previsti dal capitolato speciale d'appalto di lavori, **sono disposti dalla direzione dei lavori o dall'organo di collaudo, imputando la spesa a carico delle somme a disposizione accantonate a tale titolo nel quadro economico. Tali spese non sono soggette a ribasso.**

Questo implica che **le spese per i controlli obbligatori non sono scontabili**: esse infatti sono assimilate ai costi sulla sicurezza, a carico del committente. Si dovrà applicare un tariffario del **Consiglio superiore dei lavori pubblici**.

Questo provvedimento contenuto nel Codice Appalti, per quanto utile, forse non basterà per dirimere la questione sulla veridicità dei controlli obbligatori dei cantieri. Per quanto l'art.111 del Codice sancisca che la sicurezza di un edificio è importante quanto quella dei lavoratori che operano in cantiere, è **altresì importante che anche i costi della Direzione Lavori non debbano essere scontabili**. Purtroppo, allo stato attuale, la valutazione sull'affidamento non avviene in base a requisiti qualitativi e spesso il Direttore Lavori che ha assunto un incarico a cifre modeste, in cantiere è poco presente e, di conseguenza, il problema rimane.

## Accordo Bonario

Art. 205, comma 6-bis

L'impresa, in caso di rifiuto della proposta di accordo bonario ovvero di inutile decorso del termine per l'accettazione, può instaurare un contenzioso giudiziario entro i successivi sessanta giorni, a pena di decadenza.

Norma presente nel vecchio Capitolato Generale d'Appalto e replicata nel nuovo eppoi sparita

Essendo norma processuale è di immediata applicazione

## Appalti a corpo e a misura

Art. 59 comma 5-bis

Al fine di specificare le modalità con le quali devono essere stipulati i contratti a corpo e a misura - dato che, al momento, pur essendo presenti le relative definizioni, tale disciplina non è prevista nel Codice - viene precisato che:

- **per le prestazioni a corpo, il prezzo offerto rimane fisso** e non può variare in aumento o diminuzione, secondo la qualità e la quantità effettiva dei lavori eseguiti
- **per le prestazioni a misura, il prezzo convenuto può variare** - in aumento o in diminuzione - secondo la quantità effettiva dei lavori eseguiti. Inoltre, per le esecuzioni di lavori a misura il contratto fissa i prezzi invariabili per l'unità di misura.

## Precontenzioso ANAC

### Art. 211

~~2. Qualora l'ANAC, nell'esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara invita mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di euro 250 e il limite massimo di euro 25.000, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, di cui all'articolo 36 del presente codice. La raccomandazione è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo.~~

LEGGE 21 giugno 2017, n. 96.

**Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 24 aprile 2017, n. 50 (cd manovrina)**

Art. 52-ter. – (Modifiche al codice dei contratti pubblici). – 1. All'articolo 211 del codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, dopo il comma 1 sono aggiunti i seguenti:

"1-bis. L'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti **di rilevante impatto**, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

1-ter. L'ANAC, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da **gravi violazioni** del presente codice, emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante; se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, l'ANAC può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo. Si applica l'articolo 120 del codice del processo amministrativo di cui all'allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

1-quater. L'ANAC, con proprio regolamento, può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui ai commi 1-bis e 1-ter".

# **AFFIDAMENTI DEI CONCESSIONARI CHE NON SONO AMMINISTRAZIONI AGGIUDICATRICI**

Art. 164, comma 5

Vengono specificate le norme della parte I e II applicabili ai lavori affidati a terzi da parte di concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici. Più precisamente si tratta delle norme in tema di subappalto, progettazione, collaudo e piani di sicurezza, ove non derogate espressamente dalle previsioni della Parte III del Codice.

### **FINANZIAMENTO PUBBLICO DELL'INFRASTRUTTURA**

Art. 165, comma 2 per le concessioni e art. 180, comma 6 per i PPP

Il contributo pubblico all'infrastruttura, riconosciuto a titolo di prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della P.A., è stato elevato dal 30 al **49 per cento** del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari

### SOTTOSCRIZIONE DEL CONTRATTO

Art. 165, comma 3

Si prevede che la sottoscrizione del contratto di concessione abbia luogo **solo dopo l'approvazione del progetto definitivo** e la presentazione di idonea documentazione inerente il finanziamento dell'opera, al fine di fornire un quadro più definito dei costi da finanziare.

### RISOLUZIONE DEL CONTRATTO

Art. 165, commi 3 e 5

Il termine di dodici mesi dalla sottoscrizione del contratto di concessione, per il perfezionamento del contratto di finanziamento, è stato elevato **fino a diciotto mesi**

Per i PPP, analoga previsione è stata replicata dal Decreto Correttivo all'art. 180, comma 7, del Codice, che richiama le previsioni in materia di concessioni.

## CONCESSIONI

### **DURATA**

Art. 168 comma 2

Si stabilisce che la durata massima della concessione non può essere superiore al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario **SOLO PER LE CONCESSIONI ULTRAQUINQUENNALI**

### **ESTINZIONE ANTICIPATA DI CONCESSIONI E PPP**

#### Art. 176

Innanzitutto, l'art. 176, comma 1, del Codice è stato integrato con la previsione che, nelle ipotesi dallo stesso elencate alle lettere a), b) e c) (e quindi nel caso in cui il concessionario avrebbe dovuto essere escluso ai sensi dell'art. 80 ovvero se la stazione appaltante ha violato il diritto dell'UE come accertato dalla Corte di Giustizia UE ai sensi dell'art. 258 del Trattato sul Funzionamento dell'UE ovvero infine se la concessione ha subito una modifica che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione ai sensi dell'art. 175, comma 8) la cessazione della concessione sia facoltativa (e non obbligatoria, come nella formulazione previgente), fermi restando in ogni caso i poteri di autotutela esercitabili dalla stazione appaltante.

## Le grandi novità – CONCESSIONI

### ESTINZIONE ANTICIPATA DI CONCESSIONI E PPP

#### Art. 176

Vengono inoltre precisati gli indennizzi riconosciuti al concessionario (o contraente di PPP) nelle seguenti ipotesi:

- (i) recesso per mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario. In tale ipotesi, si prevede che al concessionario sono dovuti gli importi di cui all'art. 176, comma 4, lett. a) e b), del Codice, ad esclusione degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse, con un parziale miglioramento rispetto alla precedente versione del Codice che prevedeva l'indennizzo di cui alla sola lettera a) dell'art. 176, comma 146;
  
- (ii) revoca per motivi di pubblico interesse o risoluzione per fatto del concedente, nonché cessazione d'ufficio dipendente da vizio non imputabile al concessionario. In relazione a tali ipotesi, sono stati espressamente inclusi gli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse e migliorata la formulazione relativa all'importo del 10% dovuto a titolo di mancato guadagno, scarsamente comprensibile nella precedente versione e così configurata in quella attuale: *“c) un indennizzo a titolo di risarcimento del mancato guadagno pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero, nel caso in cui l'opera abbia superato la fase di collaudo, del valore attuale dei ricavi risultanti dal piano economico finanziario allegato alla concessione per gli anni residui di gestione”*.

### ESTINZIONE ANTICIPATA DI CONCESSIONI E PPP

Art. 176

Inoltre:

- (i) è stato previsto espressamente il diritto del concessionario, senza pregiudizio per il pagamento degli indennizzi di cui alle lettere a), b) e c) dell'art. 176, comma 4, del Codice, di proseguire nella gestione ordinaria dell'opera, incassandone i ricavi da essa derivanti, in tutti i casi di cessazione anticipata della concessione (ad eccezione della risoluzione per inadempimento del concessionario) sino all'effettivo pagamento delle suddette somme da parte del concessionario subentrante, fatti comunque salvi gli eventuali investimenti improcrastinabili individuati dal concedente unitamente alle modalità di finanziamento dei relativi costi;
- (ii) si precisa che l'art. 176 del Codice è applicabile sia alle concessioni che ai PPP e agli operatori economici titolari di tali contratti;
- (iii) lo *step-in right* degli enti finanziatori viene previsto come facoltà e non più come obbligo e viene introdotto l'obbligo per la stazione appaltante di inserire la relativa previsione nel bando di gara.

## PROCEDURE DI AFFIDAMENTO

Art. 181

Il decreto correttivo ha soppresso l'ultimo periodo del 1 comma dell'art.180 (che consentiva che il contratto di partenariato avesse ad oggetto anche il progetto di fattibilità tecnico economica e il progetto definitivo)

Cosicché quello che rimane adesso nel seconda comma dell'art. 181 è la previsione per cui “**le amministrazioni aggiudicatrici provvedono all'affidamento dei contratti ponendo a base di gara il progetto definitivo e uno schema di contratto e di piano economico finanziario, che disciplinino l'allocazione dei rischi tra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico**”.

## Project Financing

L'art. 183 del Codice contiene la nuova struttura normativa dello strumento cardine del PPP contrattuale, ovvero la finanza di progetto. Esso riordina e snellisce le procedure prima diffusamente articolate nel corrispondente art. 153 del d. lgs. 163/2006.

La finanza di progetto ad iniziativa privata diviene utilizzabile per qualunque tipologia di contratto di partenariato pubblico-privato (non più solo per le concessioni), in base alla nuova formulazione dell'art. 183, comma 16, del Codice.

Inoltre, correggendo un refuso presente nella precedente formulazione dell'art. 183, il Decreto Correttivo ha chiarito che, in fase di proposta, il proponente dovrà presentare cauzione provvisoria e non definitiva (comma 15 ult per)

## Appalti di servizi sociali e dell'Allegato IX

### **Il Correttivo introduce**

- a) una nuova e diversa disciplina per una particolare categoria dei servizi di cui all'allegato IX nei settori ordinari;
- b) molte modifiche a disposizioni direttamente ed indirettamente applicabili anche alla materia dei servizi sociali.

## Appalti di servizi sociali e dell'Allegato IX

### SOGLIE

L'art. 35, comma 1, lett. d) prevede una soglia specifica, pari ad euro 750.000,00 al netto dell'IVA, per l'affidamento mediante APPALTO:

- a) di servizi sociali;
- b) e degli altri servizi specifici elencati nell'Allegato IX.

La stessa disposizione prevede una soglia GENERALE per le CONCESSIONI (lett. a), pari ad euro 5.225.000,00.

### Come si calcola la soglia

L'art. 35 disciplina le MODALITA' di calcolo e di determinazione della SOGLIA; al tal proposito, devono essere considerati:

- a) opzioni e rinnovi, se previsti negli atti di gara;
- b) proroghe (art. 106, c. 11). → Intesa come prorogatio in attesa del nuovo gestore

Le opzioni sono di due tipi (art. 63):

- ripetizione servizi analoghi;
- servizi complementari.

## Appalti di servizi sociali e dell'Allegato IX

**Volendo schematizzare, le principali innovazioni del (riformulato) art. 142 sono le seguenti:**

a) rinvio espresso all'Allegato IX del Codice (5-bis)

Le disposizioni di cui ai commi da 5-ter a 5-octies, si applicano ai seguenti servizi, come individuati dall'allegato IX, nei settori ordinari: servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi; servizi di prestazioni sociali; altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative.

Viene determinato con maggiore precisione il regime semplificato rispetto a quello ordinario con applicazione diretta, oltre che evidentemente dei principi, dei soli articoli che vengono richiamati selettivamente (escluso ad es. avvalimento, anomalia, subappalto, varianti, ecc.) per cui la S.A. può liberamente disporre di questi aspetti nella documentazione di gara, o auto vincolarsi a quanto previsto nei procedimenti ordinari.

## Appalti di servizi sociali e dell'Allegato IX

Sul punto si rammenta che in sede di primo esercizio della delega il legislatore nazionale non si era avvalso della facoltà (prevista dalla Direttiva 24/2014) di assoggettare i servizi sociali ad un regime alleggerito, ma aveva optato per un approccio maggiormente proconcorrenziale. Gli artt. 142 e ss. erano collocati, infatti, all'interno del sistema del Codice e per l'effetto agli stessi erano applicabili le disposizioni dettate per i settori ordinari.

Con il Correttivo vengono invece individuate, all'interno dei servizi di cui all'allegato IX, due categorie: una prima categoria, per la quale resta ferma la scelta originaria del Codice; una seconda, i servizi espressamente nominati nel comma 5-bis dell'art. 142, a cui si applica un regime che non è né quello ordinario, né quello alleggerito europeo, ma “intermedio”, attraverso l'elencazione nominativa, nei commi 5-ter e seguenti delle disposizioni, dettate per i settori ordinari, applicabili ai servizi sociali.

Si tratta di servizi sanitari e sociali, ivi inclusi quelli forniti da alcune formazioni sociali (associazioni sindacali, organizzazioni politiche, associazioni giovanili, ecc.), per i quali si introducono semplificazioni quanto a programmazione, aggregazione, procedure di aggiudicazione, anche sotto soglia.

## Appalti di servizi sociali e dell'Allegato IX

### b) espresso recepimento art. 76 della Direttiva 24 (5-quater)

L'affidamento dei servizi di cui al comma 5-bis deve garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti.

Ciò significa che i prossimi bandi di gara potranno declinare questi elementi come **CRITERI VALUTAZIONE PROPOSTE**

## Appalti di servizi sociali e dell'Allegato IX

### c) Raccordo con l'obbligo di programmazione (5-quater)

Ai fini dell'applicazione dell'articolo 21, le amministrazioni aggiudicatrici approvano gli strumenti di programmazione nel rispetto di quanto previsto dalla legislazione statale e regionale di settore.

Si estende ai servizi sociali il vincolo di programmazione biennale di beni e servizi (di cui all'art. 21 del Codice) precisando, al contempo, che gli strumenti di pianificazione devono essere approvati nel rispetto della legislazione statale e regionale di settore [art. 142 com. 5 quater]. La richiamata previsione, disponendo un coordinamento con la legislazione di settore, determina che laddove esista già una programmazione di tali servizi (ad esempio nell'ambito dei Piani Sociali di zona) quest'ultima costituisca di per sé adempimento delle disposizioni di cui all'art. 21.

**NO doppia pianificazione ma La pianificazione dei servizi sociali nella legge n. 328/2000 e nella legislazione regionale.**

## Appalti di servizi sociali e dell'Allegato IX

E' evidente che però il tema della programmazione settoriale introduce il ruolo del TERZO SETTORE circa l'applicazione dell'art. 42 del Codice sul conflitto di interessi

1. Le stazioni appaltanti prevedono misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici.

### d) Centralizzazione e qualificazione delle SA (5-quinques)

Le finalità di cui agli articoli 37 e 38 sono perseguite anche tramite le forme di aggregazione previste dalla normativa di settore con particolare riguardo ai **distretti sociosanitari e a istituzioni analoghe**.

Poiché si parla di “finalità” e non di “disposizioni” si potrebbe interpretare nel senso che laddove esistano già delle aggregazioni di Comuni (es. sulla base di convenzioni ex art. 30 T.U. Enti locali), per l’esercizio in forma associata di funzioni e servizi, questa fungerà da centrale di committenza senza necessità di ottenere la qualificazione di cui all’art. 38.

## Appalti di servizi sociali e dell'Allegato IX

### e) Indicazione delle norme applicabili (5-sexies e septies)

Per quanto concerne le procedure di affidamento si prevede la possibilità di utilizzare le tecniche e gli strumenti per gli appalti elettronici aggregati (art. 54-58): accordi quadro, sistemi dinamici di acquisizione, aste elettroniche, cataloghi elettronici, piattaforme telematiche di negoziazione. Quanto alle modalità di scelta del contraente si potrà optare per una delle procedure individuate dagli artt. da 60 a 65: procedura aperta, procedura ristretta, procedura competitiva con negoziazione, procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara (ove ricorrano i presupposti di cui all'art. 63), dialogo competitivo, partenariati per l'innovazione [art. 142 com. 5 sexies].

Alla logica di disegnare per i servizi sociali un “regime intermedio”, individuando puntualmente le disposizioni generali applicabili, rispondono le integrazioni all'art. 142 mediante l'inserimento del comma 5 septies.

In particolare si sancisce che per l'aggiudicazione di tali servizi, da effettuarsi sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, devono essere applicate oltre alle norme di cui ai commi da 1 a 5 sexies quelle relative alle specifiche tecniche (art.68), alle etichettature (art. 69), agli inviti ai candidati (art. 75), alla fissazione dei termini per la ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte (art. 79), ai motivi di esclusione (art. 80), ai criteri di selezione e soccorso istruttorio (art. 83), ai criteri di aggiudicazione (art. 95).

## Appalti di servizi sociali e dell'Allegato IX

**Non risulta, di converso, espressamente prevista la possibilità di ricorrere all'avvalimento e al subappalto.**

Tale scelta potrebbe essere stata dettata dalla peculiarità del rapporto che si viene ad instaurare tra prestatore del servizio e beneficiari, basato su un'interazione personale ad alto contenuto relazionale tra chi li produce e chi li riceve, che renderebbe estremamente complesso rimettere a terzi la realizzazione di parte delle attività.

## Appalti di servizi sociali e dell'Allegato IX

### f) Procedura per appalti sotto soglia (5-octies)

***SONO AFFIDATI NEL RISPETTO DI QUANTO PREVISTO ALL'ARTICOLO 36.***

L'importanza di tale disposizione è ulteriormente esaltata dalla modifica della stessa disciplina sugli affidamenti SOTTO LA SOGLIA (art. 36).

**La modifica del c. 1 dell'art. 36 è rilevante per le precisazioni ivi contenute:**

- a) richiamo ai principi dell'art. 30 (confermati);
- b) richiamo espresso ai Criteri Ambientali Minimi (art. 34);
- c) richiamo espresso al conflitto di interesse (art. 42);
- d) esplicitazione che il principio di ROTAZIONE opera sia sugli INVITI che sugli AFFIDAMENTI;
- e) facoltà per le SA di inserire negli atti di gara la CLAUSOLA SOCIALE prevista dall'art. 50.

## Appalti di servizi sociali e dell'Allegato IX

**La disciplina sulle GARE RISERVATE, previste dall'art. 143, non è stata modificata.**

**Nessun dubbio che l'affidamento di servizi sociali possa avvenire nelle forme della CONCESSIONE (artt. 164 e ss.) e delle altre figure del PPP (artt. 180 e ss.).**

## Appalti di servizi sociali e dell'Allegato IX

**Il CODICE non esaurisce tutte le MODALITA' di programmazione, progettazione, affidamento ed erogazione dei servizi sociali, ma occorre far riferimento alle seguenti ulteriori forme:**

- a) autorizzazione e accreditamento (art. 11, l. 328/2000); - **Deliberazione ANAC n. 966/2016**
- b) convenzione con le organizzazioni di volontariato di cui alla l. 266/1991 (art. 3, d.p.c.m. 30 marzo 2001);
- e) co-progettazione - **Deliberazione ANAC n. 32/2016**
- f) sovvenzioni (disciplina sugli aiuti di Stato)

## Appalti di servizi sociali e dell'Allegato IX

**La disciplina contenuta dal Codice e dal Correttivo sull'affidamento dei servizi sociali, mediante appalto o concessioni, non potrà non risentire delle seguenti Riforme:**

**RIFORMA DEL TERZO SETTORE  
(legge delega n. 106/2016)**

**RIFORMA dei SIEG  
(legge delega n. 124/2015)**

# Istituto per l'innovazione

# Grazie per l'attenzione

**Cristiano Rigoli**

Ufficio Legale & Compliance

Cell. 335 5612830

[c.rigoli@bo.icie.it](mailto:c.rigoli@bo.icie.it)