

GLI APPALTI

DOPO il DECRETO SBLOCCA-CANTIERI CONVERTITO IN LEGGE

Le novità per imprese e stazioni appaltanti

Firenze, Auditorium al Duomo

19 giugno 2019

PRINCIPALI OBIETTIVI DELLA RIFORMA del 2016

- **RAZIONALIZZAZIONE, SEMPLIFICAZIONE** della normativa e delle procedure, soprattutto sottosoglia
- **MIGLIORE QUALIFICAZIONE** di tutti i soggetti coinvolti (imprese, progettisti, stazioni appaltanti)
- Maggiore tutela della **TRASPARENZA, CONCORRENZA E LEGALITA' (PIU' POTERI ALL'ANAC)**
- Aumento della **DISCREZIONALITA'** in capo alle stazioni appaltanti (visione comunitaria)
- **NO DEROGHE**

PUNTI CHIAVE DELLA RIFORMA del 2016

- 1) DISCIPLINA DEGLI APPALTI SOTTOSOGLIA (ART. 36)
- 2) QUALIFICAZIONE E AGGREGAZIONE DELLE STAZIONI APPALTANTI (ARTT 36,37)
- 3) DIVIETO DI APPALTO INTEGRATO (ART.59)
- 4) NOMINA ESTERNA DEI COMMISSARI DI GARA NELL'OEPV (ARTT 77/78)
- 5) MOTIVI DI ESCLUSIONE (ART. 80)
- 6) SOCCORSO ISTRUTTORIO (ART. 83, COMMA 5)
- 7) CRITERI DI AGGIUDICAZIONE (ARTT. 95 E 97)
- 8) SUBAPPALTO
- 9) NUOVO RUOLO DELL'ANAC (ART. 211, 213)

A distanza di **3 anni** dalla sua entrata in vigore,
quasi tutti i punti qualificanti della riforma del 2016

- sono rimasti **inattuati**

oppure

- sono stati **rivisti**

Agosto 2018

**La Consultazione pubblica lanciata dal Mit sul
Codice dei Contratti**

Totale 1.908 contributi.

Richieste di **profonda modifica** riguardo a:

- ❖ la **soft law e le linee guida** (art. 213), con una sostanziale richiesta di superamento dell'esperienza che avrebbe determinato incertezza e instabilità del quadro normativo;
- ❖ il **subappalto** (art. 105);
- ❖ i **criteri di aggiudicazione** (art. 95 commi 4 e 5);
- ❖ la **disciplina dell'anomalia** (art. 97 commi 2 e 3);
- ❖ i **motivi di esclusione** (art. 80);
- ❖ Le S.A. hanno anche proposto la riforma della disciplina delle **commissioni giudicatrici e dell'albo dei commissari presso l'ANAC** (art. 77, commi 1 e 3).

PROCEDURA DI INFRAZIONE EUROPEA

Con lettera di messa in **mora del 24 gennaio scorso**, la Commissione Europea ha contestato la non conformità alle Direttive Europee in materia di contratti pubblici, di alcune disposizioni del Codice Appalti (d.lgs. 50/2016), invitando il Governo italiano a rispondere entro due mesi.

Principali contestazioni in tema di subappalto

- 1. il divieto di subappaltare più del 30% complessivo del contratto e più del 30% dell'importo delle opere ad alto contenuto tecnologico** (*art. 105, commi 2 e 5*) in quanto costituiscono limitazioni quantitative, apposte in via generale ed astratta, non previste dal diritto europeo.
- 2. l'obbligo di indicare una terna di subappaltatori in gara, negli appalti sopra soglia comunitaria e indipendentemente dall'importo, laddove siano presenti attività ad alto rischio di infiltrazione mafiosa** (*art. 105, comma 6*).
- 3. il divieto di subappalto "a cascata"** (*art. 105, comma 19*), in quanto impedisce, in modo *"generale e universale"*, che le prestazioni subappaltate possano essere oggetto di ulteriore subappalto.
- 4. il divieto di affidare il subappalto a soggetti che abbiano partecipato alla medesima procedura** (*art. 105, comma 4, lett. a*). Tale limitazione, ad avviso della Commissione, è incompatibile con il diritto europeo, in quanto contrasta con il principio di proporzionalità,

Il Decreto Legge «Sblocca cantieri» (DL 32/2019)

convertito con la legge 14 giugno 2019 n. 55

L'articolo 1 consta di **30 commi**, **in gran parte innovativi** rispetto alla versione originaria del provvedimento.

Il nuovo testo, risultante dalla riscrittura dell'articolo in esame operata durante l'esame al Senato, dispone che, nelle more della riforma complessiva del settore e comunque nel rispetto dei principi e delle norme dell'UE, **non trovano applicazione una serie di norme** del Codice dei contratti pubblici, **fino al 31 dicembre 2020**

Altre innovazioni introdotte con il Decreto Legge 32 hanno invece trovato definitiva conferma anche in sede di conversione

Ritorno al Regolamento generale

Il Governo dovrà adottare, **entro 180 giorni** dall'entrata in vigore del decreto, un **Regolamento Unico** recante disposizioni di esecuzione attuazione e integrazione del Codice, nell'ambito del quale **verranno assorbiti parte delle Linee Guida Anac e dei Decreti Ministeriali** medio tempore adottati in attuazione del Codice stesso.

Si tratta, in particolare, dei provvedimenti adottati in materia di **requisiti dei progettisti** (art. 24, comma 2); compiti del **RUP** (31, comma 5); **procedure sotto soglia UE** (36, comma 7); **elenco categorie SIOS** (89, comma 11); **verifica di conformità e di collaudo** (111, commi 1 e 2); **qualificazione, progettazione e collaudo nel settore beni culturali** (146, comma 4; 147 commi 1 e 2; 150, comma 2).

Ritorno al Regolamento generale

In fase di conversione sono state introdotte **alcune modifiche**

Le **3 linee guida e i 7 decreti ministeriali** rimarranno **transitoriamente in vigore** dall'entrata in vigore del Regolamento **a 2 condizioni**

- 1) in quanto compatibili con il Codice** (e quindi con le modifiche ad esso apportato dal provvedimento in commento)
- 1) non oggetto delle procedure di infrazione** aperte dalla Commissione Europea, in tema di pagamenti della P.A. (n. 2017/2090) e per violazione delle direttive UE 2014, nn. 23,24 e 25, in materia di contratti pubblici (n. 2018/2273).

Ai soli fini dell'archiviazione delle suddette procedure d'infrazione, **viene consentito al MIT e all'ANAC di modificare** i provvedimenti già adottati in materia.

Ritorno al Regolamento generale

Vengono **precisati i contenuti del nuovo Regolamento**, che sarà chiamato a regolare le seguenti materie:

- a) nomina, ruolo e compiti del **responsabile del procedimento**;
- b) **progettazione** di lavori, servizi e forniture, e **verifica del progetto**;
- c) sistema di **qualificazione e requisiti degli esecutori** di lavori e dei contraenti generali;
- d) **procedure di affidamento e realizzazione** dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie;
- e) **direzione dei lavori e dell'esecuzione**;
- f) **esecuzione** dei contratti di lavori, servizi e forniture, **contabilità, sospensioni e penali**;
- g) **collaudo** e verifica di conformità;
- h) affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici;
- i) lavori riguardanti **i beni culturali**.

Ritorno al Regolamento generale

A decorrere **dalla data di entrata in vigore del Regolamento**

sulle **materie oggetto** del
Regolamento

soppresse

**tutte le linee guida cd “non
vincolanti”**
(articolo 213, comma 2)

sulle **materie diverse** da quella
oggetto del Regolamento

resteranno in vigore

**i provvedimenti già adottati o
ancora da adottare**

Norma di chiusura
abrogazione delle linee guida
comunque in contrasto con il Regolamento

Qualificazione degli operatori economici

Viene confermato l'arco temporale di riferimento per la comprova dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, funzionali al conseguimento dell'attestazione SOA .

Si passa, infatti, dall'attuale decennio, ai **quindici anni antecedenti il contratto con la SOA.**

Consorzi stabili

Si stabilisce che i consorzi stabili eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara **senza che ciò costituisca subappalto** *(**in base alla novella, non costituisce subappalto l'affidamento delle prestazioni ai propri consorziati da parte dei consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e dei consorzi tra imprese artigiane).*

Resta **ferma la responsabilità solidale** degli stessi nei confronti della stazione appaltante.

Per i lavori, si demanda **al nuovo regolamento unico di attuazione, e non più** alle Linee guida ANAC, di stabilire ai fini della qualificazione, **i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni.**

Consorzi stabili

Il nuovo comma non ripropone - e quindi **abroga** - la previsione a tenore della quale i consorzi stabili, al fine della qualificazione, potevano 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».

Previsione, quest'ultima, che aveva fatto sorgere dubbi sulla possibilità per il consorzio stabile di mettere in comune i requisiti di qualificazione delle imprese consorziate (cd principio del "cumulo alla rinfusa" dei requisiti), rendendosi necessario, anche in tale caso, il ricorso all'istituto dell'avvalimento.

Interpretazione, questa, che, tuttavia, confliggeva con quanto previsto dagli art. 94 e 81 (che, a sua volta, richiamata il 36, comma 7, del D.lgs. 163/2006) del DPR 207/2010, tutt'ora vigenti ai sensi dell'art. 216, comma 14, del Codice 50, che, invece, sancivano espressamente l'operatività di tale principio.

Con la nuova formulazione del comma secondo dell'art. 47, **sembra oggi confermata la possibilità per i consorzi stabili di provare il possesso dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria con attribuzioni proprie e dirette oppure con quelle dei consorziati, senza dover ricorrere all'avvalimento.**

Sistema di attestazione della qualificazione degli esecutori di lavori pubblici (art. 84, 86 e 89 del Codice)

All'articolo 84 viene aggiunta la previsione secondo cui l'attività di attestazione viene esercitata nel rispetto del **principio di indipendenza di giudizio**, garantendo **l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario** che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori.

Si stabilisce che gli organismi di diritto privato incaricati dell'attestazione (**SOA**), nell'esercizio dell'attività di attestazione per gli esecutori di lavori pubblici **svolgono funzioni di natura pubblicistica**, anche agli effetti della normativa in materia di responsabilità dinanzi alla Corte dei conti.

Esclusione automatica offerte anomale e sistema “antiturbativa”

E' stata innalzata, da 2 milioni di euro, **fino alla soglia comunitaria**, la possibilità per le amministrazioni di utilizzare il criterio del massimo ribasso, con **obbligo di applicare l'esclusione automatica delle offerte anomale**,

laddove l'appalto

- **non presenti carattere “transfrontaliero”** ed
- **il numero delle offerte ammesse non sia inferiore a 10.**

È assente la definizione di interesse transfrontaliero

?come si stabilisce?

Esclusione automatica offerte anomale e sistema “antiturbativa” – interesse transfrontaliero

1) per la giurisprudenza comunitaria

- 1) **spetta in linea di principio all'amministrazione aggiudicatrice**, prima di definire le condizioni del bando di appalto (**Corte di Giustizia, 15 maggio 2008, proc. riuniti C-147/06 e C-148/06**)
- 2) **anche una normativa può stabilire, a livello nazionale o locale, criteri oggettivi** (come l'importo di una certa consistenza dell'appalto, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori)
- 3) **un valore economico molto limitato dell'appalto esclude l'interesse transfrontaliero. Tuttavia, quando, in alcuni casi, le frontiere attraversano centri urbani situati sul territorio, anche appalti di valore esiguo possono presentare un interesse transfrontaliero certo** (in tal senso, sentenza 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname, Racc. pag. I-7287, punto 20).

Esclusione automatica offerte anomale e sistema “antiturbativa” – interesse transfrontaliero

A livello nazionale

1) per il Consiglio di Stato**

- in relazione alla propria tecnicità,
- all’ubicazione dei lavori in un luogo idoneo ad attrarre l’interesse di operatori esteri

***parere comm. spec., 12.02.2018 n. 361, inerente “Linee guida n. 4 sugli affidamenti sottosoglia*

2) per l’ANAC**

- l’importo dell’affidamento
- le caratteristiche tecniche o
- la zona di esecuzione della prestazione.

***documento di consultazione “Linee guida n. 4 sugli affidamenti sottosoglia*

Esclusione automatica offerte anomale e sistema “antiturbativa” –

E' stato **modificato il cd. sistema “antiturbativa”**, finalizzato a determinare la soglia di anomalia delle offerte. In particolare, è stato eliminato l'attuale meccanismo di sorteggio tra 5 diversi possibili metodi matematici, prevedendo soltanto **2 metodi alternativi**, scelti in base al fatto che il numero delle offerte ammesse sia inferiore o superiore a 15.

OEPV

Per **gli appalti di lavori sotto soglia**, il ricorso al criterio dell'OEPV diventa possibile **solo previa motivazione** da parte della stazione appaltante.

**** modifiche in sede di conversione: ELIMINATO L'OBLIGO DI MOTIVAZIONE**

Inoltre, è stata **RIPRISTINATA la previsione di un tetto massimo del 30 per cento**, al punteggio attribuibile all'elemento prezzo (comma 1, lett. s, n. 3)

Appalto integrato

Fino al 31 dicembre 2020, non trova applicazione l'art. 59, comma 1, quarto periodo, OSSIA il divieto di affidare congiuntamente la progettazione ed esecuzione di lavori pubblici **(cd divieto di appalto integrato).**

Rispetto alle previsioni del decreto, quindi, **è venuta meno la doppia condizione** che consentiva l'appalto integrato per le opere per i progetti approvati entro il 31 dicembre 2020, con pubblicazione del bando entro i dodici mesi successivi all'approvazione dei progetti stessi.

Oggi, è ragionevole quindi ritenere che la deroga valga per tutte le gare pubblicate fino al 31 dicembre 2020.

Appalto integrato

Va segnalato che, da un punto di vista formale, **la novella “elimina”, in via transitoria, il divieto di appalto integrato di cui all’art. 59, comma 1, quarto periodo, e non anche il comma 1-bis**, secondo cui l’appalto integrato è sempre possibile in presenza di opere con prevalente elemento tecnologico o innovativo.

Con la conseguenza che potrebbe ritenersi vigente unicamente quest’ultima disposizione.

Tale interpretazione, tuttavia, è da escludersi in quanto renderebbe del tutto priva di efficacia la novella legislativa, in contrasto con i canoni ermeneutici della ragionevolezza e sistematicità.

E’ preferibile ritenere, pertanto, che la sospensione riguardi sia il divieto generale di appalto integrato, sia, conseguentemente, le sue eccezioni, risultando per l’effetto consentito alle stazioni appaltanti bandire la gara sulla base di un progetto di livello inferiore all’esecutivo.

Requisiti per la partecipazione alle gare di appalto integrato.

I requisiti minimi per lo svolgimento della progettazione oggetto del contratto **sono previsti nei documenti di gara nel rispetto del codice e del nuovo regolamento di attuazione.**

Detti requisiti devono essere **posseduti:**

- 1) dalle imprese attestate per prestazioni di sola costruzione attraverso un progettista raggruppato o indicato in sede di offerta**, in grado di dimostrarli, scelto tra i soggetti previsti come operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria;
- 2) dalle imprese attestate per prestazioni di progettazione e costruzione, con l'attestazione SOA**, *solo se i predetti requisiti siano dimostrati dal proprio staff di progettazione.*

Le gare per i lavori di manutenzione

Per gli anni 2019 e 2020, viene prevista la possibilità di :

- affidare le **manutenzioni ordinarie e straordinarie**, ad eccezione degli interventi che prevedono il rinnovo o la sostituzione di parti strutturali delle opere e di impianti, sulla base di un **progetto definitivo «alleggerito»**, costituito almeno da una relazione generale, dall'elenco prezzi unitari delle lavorazioni previste, dal computo metrico-estimativo e dal piano di sicurezza, con indicazione analitica dei costi della sicurezza non soggetti a ribasso;
- **iniziare i lavori a prescindere dall'avvenuta redazione e approvazione del progetto esecutivo.**

Rispetto al testo del decreto, tale possibilità viene introdotta in via transitoria, e non più “a regime”.

Le gare per i lavori di manutenzione

Tornano a rivivere sia la norma del Codice che rinviava ad uno specifico decreto del MIT la previsione di **una progettazione semplificata per i lavori di manutenzione ordinaria fino a 2,5 milioni di euro** (art. 23, comma 3-bis, D.lgs 50/2016), sia il regime transitorio di cui all'art. 216, comma 4

In mancanza di adeguato coordinamento, **è ragionevole ritenere, fino al 2020, trovi applicazione la norma transitoria introdotta dalla legge di conversione**, che ha carattere generale e onnicomprensivo rispetto a tutti interventi di manutenzione, e solo a partire dal 2021 tornerà ad applicarsi la disciplina ordinaria prevista dal Codice, all'art. 23, comma 3 bis, sempre che *medio tempore* sia stato emanato il relativo decreto, altrimenti troverà applicazione il regime transitorio di cui all'art. 216.

Commissari di gara

Fino al 31 dicembre 2020, viene prevista la **deroga** all'obbligo delle stazioni appaltanti **di scegliere i commissari di gara tra esperti iscritti all'albo istituito presso l'ANAC** (art. 77, comma 3, D.lgs. 50/2016).

Versione iniziale del decreto legge: facoltà esercitabile solo a fronte della indisponibilità o disponibilità insufficiente di esperti iscritti nella sezione ordinaria dell'albo dei commissari, come invece previsto dal testo del decreto.

Pertanto, entro il suddetto termine, le amministrazioni potranno nominare la commissione tra membri interni.

Resta però fermo l'obbligo di individuare i commissari **secondo regole di competenza e trasparenza, preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante**.

Rito “Superaccelerato”

Viene confermata la soppressione del cd. “rito super accelerato” , finalizzato a contestare le ammissioni ed esclusioni dalla gara.

Pertanto, la proposizione dei ricorsi ritorna a dover essere posticipata al momento dell’aggiudicazione definitiva ovvero a quello in cui (per la prima volta) l’interesse a ricorrere da parte del concorrente, insoddisfatto dall’esito della gara, diventa concreto ed attuale)

Residua in materia di appalti il rito “speciale o “ accelerato”, regolato all’art. 120 del c.p.a; al riguardo, il legislatore ha confermato, in conversione del decreto, alcune modifiche per renderlo più veloce e snello

Rito “Superaccelerato”

Le novità in materia di rito super accelerato trovano applicazione a partire **dai processi iniziati dopo l'entrata in vigore del decreto Legge, ossia a decorrere dal 19 aprile 2019.**

*“Per processi “iniziati” debbono intendersi, nell’ottica di chi agisce in giudizio ovvero di chi lo ha “iniziato”, quelli in cui **il ricorso introduttivo venga notificato (e non depositato) dopo il 19 aprile 2019** (Tar Calabria – Reggio Calabria, 13 maggio 2019, n. 324).*

Commissari straordinari

Per gli interventi infrastrutturali ritenuti prioritari, il Presidente del Consiglio, su proposta del MIT, nomina di uno o più commissari straordinari per l'avvio o la prosecuzione di lavori, anche sospesi; per l'attuazione di tali interventi i commissari straordinari provvedono **in deroga ad ogni disposizione di legge vigente in materia di contratti pubblici, fatto salvo il rispetto del Codice Antimafia (D.lgs. 159/2011) e dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea.**

Di analoghi poteri vengono investiti anche i commissari straordinari per il **dissesto idrogeologico**, in attuazione del Piano nazionale per la mitigazione del rischio idrogeologico, il ripristino e la tutela della risorsa ambientale, nonché i commissari per l'attuazione degli **interventi idrici** di cui Piano nazionale di interventi nel settore idrico.

Commissari straordinari

Ai commissari vengono attribuiti una serie di poteri derogatori.

In particolare, per quanto attiene fasi autorizzative “a monte “ della gara, essi provvedono all’eventuale **rielaborazione e approvazione dei progetti non ancora appaltati**, in raccordo con i Provveditorati interregionali alle OOPP.

In tal caso, l’approvazione dei progetti da parte del commissario **sostituisce, ad ogni effetto di legge, ogni autorizzazione, parere, visto e nulla osta occorrenti per l’avvio o la prosecuzione dei lavori, fatta eccezione per quelli relativi alla tutela ambientale** – i cui termini però sono dimezzati - **e tutela di beni culturali e paesaggistici** - per i quali il termine di adozione dell’autorizzazione, parere, visto e nulla osta è fissato **nella misura massima di sessanta giorni** dalla data di ricezione della richiesta, decorso il quale, ove l’autorità competente non si sia pronunciata, detti atti si intendono rilasciati.

GLI ULTERIORI COMMISSARI STRAORDINARI:

Con specifici poteri, di volta in volta, elencati, quali, ad esempio:

- il commissario straordinario per gli **interventi sulla rete viaria della Regione Siciliana**;
- il commissario straordinario incaricato di sovrintendere alle fasi di prosecuzione dei **lavori del sistema MOSE**
-
- il commissario straordinario per il completamento dei lavori **del nodo ferroviario di Genova e del collegamento dell'ultimo miglio tra il terzo valico dei Giovi e il porto storico di Genova**, in deroga alla procedura vigente;
- il commissario straordinario per la sicurezza del **sistema idrico del GRAN SASSO**.
Questi può assumere direttamente le funzioni di stazione appaltante e opera in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici, fatto salvo il rispetto dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea.
- Il commissario straordinario per la realizzazione degli **interventi di edilizia sanitaria** ritenuti prioritari, che può, a sua volta, avvalersi di INVITALIA SPA.

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