

Avv. Stefano Cassamagnaghi
News4Market

Il correttivo al Codice dei contratti pubblici

(in corso di pubblicazione in G.U.)

Commento su testo non ufficiale

Torino, 4 maggio 2017

AO Ordine Mauriziano

Il decreto correttivo e gli strumenti di e-procurement

C A S T L E X

L'evoluzione del quadro normativo:
il codice, l'errata corrige, gli
atti attuativi pubblicati

- Nella GURI del **19 aprile 2016**, con **entrata in vigore** lo stesso giorno (art. 220) è stato pubblicato il D.Lgs. 50/2016 (Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione).
- Nella GURI del **15 luglio 2016**, è stato pubblicato un **avviso di rettifica** avente ad oggetto un elevato numero di norme (circa la metà di 220 articoli). L'intervento è servito a porre rimedio ad una serie di errori ed omissioni.
- Tra le linee guida e altri atti finora si possono individuare **53 atti attuativi, che diventeranno 55 con il correttivo**, a cui vanno aggiunti i regolamenti di organizzazione con cui l'ANAC disciplina l'esercizio di propri compiti specifici.

L'evoluzione del quadro normativo: il codice, l'errata corrige, gli atti attuativi pubblicati e il decreto correttivo

- La legge delega n. 11/2016 ha previsto che **entro un anno** dalla data di entrata in vigore del Codice, il Governo avrebbe potuto adottare **disposizioni integrative e correttive**.
- Il Governo ha deciso di avvalersi di tale facoltà, approvando, nella seduta del Consiglio dei Ministri del 23 febbraio 2017, lo **schema del decreto correttivo**.
- Sul nuovo testo sono infine stati acquisiti i **pareri** della Conferenza unificata (30 marzo 2017), del Consiglio di Stato (22 marzo 2017) e delle competenti Commissioni parlamentari (5 aprile 2017).
- Il testo definitivo del Decreto Correttivo al Codice dei Contratti Pubblici è stato approvato dal CdM ed inviato alla Ragioneria generale per la bollinatura. **Si attende la pubblicazione in GURI**.

Il decreto correttivo

L'intervento apporta modifiche e integrazioni al Codice, volte a perfezionarne l'impianto normativo confermandone i pilastri fondamentali.

Le modifiche così apportate seguono **tre direttrici**:

- modifiche di coordinamento ai fini di una più agevole lettura e interpretazione del testo;
- integrazioni che migliorano l'efficacia e chiariscono la portata di alcuni istituti, sulla base anche di quanto suggerito dal Consiglio di Stato in sede consultiva e dalle associazioni o dagli operatori di settore;
- limitate modifiche ad alcuni istituti rilevanti, conseguenti alle criticità evidenziate nella prima fase attuativa del Codice.

ANAC (211/213)

- Indica negli **strumenti di regolazione flessibile** la **data di decorrenza ed efficacia** degli stessi. Gli atti si applicano ai bandi e agli avvisi pubblicati successivamente alla data indicata.
- Provvede con linee guida all' **elaborazione dei costi standard** dei lavori e dei prezzi di riferimento di beni e servizi.
- Per le opere pubbliche ANAC, il MIT e il MEF concordano le modalità di interscambio delle **informazioni** nell'ambito della **Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici**

ANAC

- Stabilisce le ulteriori **informazioni** che devono essere presenti nel **Casellario** ritenute utili ai fini della verifica dei gravi illeciti professionali di cui all'art. 80, comma 5, lett. c., dell'attribuzione del rating di impresa o dell'attestazione di qualificazione.

L'Anac con **Delibera del 21 dicembre 2016 n. 1386** ha adottato modelli standardizzati di comunicazione, da adottarsi a cura delle Stazioni appaltanti, degli operatori economici e delle Società Organismo di Attestazione, per ciascuna tipologia di informazione da rendere all'Autorità:

- **Nell'area "A"**: sono inseriti i dati riguardanti le attestazioni di qualificazione rilasciate alle imprese dalle Società Organismo di attestazione e le notizie riguardanti le medesime SOA.
- **Nell'area "B"**: sono inserite le notizie, le informazioni e i dati relativi alle cause di esclusione, le ulteriori misure interdittive, tutte le notizie concernenti il venir meno dei requisiti di qualificazione che diano luogo a ridimensionamento o decadenza dell'attestazione di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici.

A seguito di modifica dell'art. 83, il **Rating di impresa** viene trasformato per renderne più semplice l'applicazione. Inoltre, non sarà più obbligatorio, ma **facoltativo** e verrà premiato con punteggi aggiuntivi in sede di offerta.

- Viene **soppresso** il potere di emanare **Raccomandazioni «vincolanti»**. Il Governo, ha comunicato la volontà di reinserire la norma, magari in sede di conversione della manovra-bis.

Scorporo del costo del personale dalla base d'asta (23)

Nei contratti di lavori e servizi **la stazione appaltante**, al fine di determinare l'importo posto a base d'asta, individua nel progetto i **costi della manodopera** sulla base di quanto previsto dal presente comma (co. 16). I costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso d'asta.

L'art. 95 prevede **l'indicazione in offerta** da parte dell'OE dei costi della manodopera.

Criticità:

- (a) doppia indicazione (SA e operatore)
- (b) viene esteso anche all'OEPV
- (c) Verifica già prevista dal 105, co.16, nell'ambito del DURC

Principi in materia di trasparenza (29)

- Viene specificato che la **pubblicazione sul profilo del committente** (che deve recare la data di pubblicazione) del provvedimento che determina le ammissioni e le esclusioni è **finalizzato alla proposizione del ricorso** di cui all'art 120, comma 2 – bis e che viene **pubblicato all'esito della verifica** della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari, entro i successivi **due giorni**.
- Entro il medesimo termine (due giorni) viene dato **avviso** (dell'ammissione / esclusione) al candidato, indicando l'ufficio o il collegamento informatico in cui gli atti, corredati da **motivazione**, sono disponibili. Il termine per l'impugnativa decorre dal momento in cui gli atti sono concretamente disponibili.
- Fatti salvi gli atti a cui si applica la pubblicazione sul sito dell'ANAC, gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente (coordinamento rimane non chiaro).

Criteri ambientali minimi (34)

E' introdotto l'obbligo di applicazione dei Criteri Ambientali minimi tout court, poiché vien fatta cadere la formula secondo cui i CAM si devono applicare su di una percentuale del valore a base d'asta, ed è sostituito il comma 3 dell'art. 34 con il seguente:

“L'obbligo di cui ai commi 1 e 2 si applica per gli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell'ambito del citato Piano d'azione”.

Gli acquisti sotto soglia comunitaria (36)

- Si applicano i principi di cui all'art. 30, co. 1 (economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità), ma **anche quelli di cui:**
 - art. 34 (Criteri Ambientali Minimi);
 - art. 42 (conflitto di interesse);
 - nel rispetto del «**principio di rotazione**» degli **inviti** e degli affidamenti (*non chiaro se sia possibile invitare chi ha partecipato ma non è risultato aggiudicatario di gare precedenti*);
- Le stazioni appaltanti **possono** applicare i principi di cui all'art. 50 (**clausole sociali** occupazionali inserite nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti volti a promuovere la stabilità del personale occupazionale impiegato). Detta disposizione deve necessariamente coordinarsi con quanto stabilito dall'art. 50 che, per gli affidamenti di contratti ad alta intensità di mano d'opera, prevede che l'Amministrazione **inserisca** specifiche clausole sociali.
- L'ANAC con linee guida indica le modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti e di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata, nonché di effettuazione degli inviti quando la stazione appaltante intenda avvalersi della facoltà di esclusione delle offerte anomale (v. LG 4 – non vincolanti secondo parere CdS n.1903/2016)

Gli acquisti sotto soglia comunitaria (36)

- **affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro** -> affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori del mercato (eliminato l'obbligo di motivazione);

In questo caso (art. 32) la SA può procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre (o atto equivalente) che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso dei requisiti di carattere generale e tecnico professionale, se richiesti (permanenza obbligo di motivazione anche nella **determina a contrarre semplificata**)

- **affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro, lavori inferiori a 150.000 euro, forniture e servizi sotto soglia**
-> procedura negoziata previa consultazione di almeno dieci operatori economici ;
- **lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000,00** -> procedura negoziata previa consultazione di almeno quindici operatori economici;
- **lavori di importo pari o superiore a 1.000,00** -> si applicano le procedure ordinarie salvo quanto stabilito dall'art. 95, co 4, lett. a (limiti all'utilizzo del criterio del minor prezzo).

Gli acquisti sotto soglia comunitaria (36)

Verifiche:

- **affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro effettuati nei mercati elettronici**-> nella fase di ammissione e permanenza, la verifica sull'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 è effettuata su un **campione significativo** di concorrenti. Resta **ferma la verifica sull'aggiudicatario**.
- **Affidamenti effettuati tramite procedure negoziate** -> la verifica dei requisiti avviene «esclusivamente» sull'aggiudicatario, la stazione appaltante «può» comunque estendere le verifiche agli altri partecipanti;

Qualificazione stazioni appaltanti (40)

- Nel caso di amministrazioni la cui organizzazione prevede **articolazioni**, anche territoriali, le stesse devono essere **qualificate dall'ANAC**; a tal fine le PA le verificano e trasmettono all'ANAC la sussistenza dei requisiti in capo alle medesime strutture.
- Ai fini della qualificazione:
 - rilevanza delle gare svolte nel **quinquennio** precedente (anziché triennio);
 - Si aggiungono, quali adempimenti per la qualificazione:
 - (a) assolvimento degli obblighi di informazione dei dati sui contratti pubblici presso i sistemi gestiti dall'ANAC;
 - (b) per i lavori, il rispetto degli obblighi di monitoraggio sullo stato opere pubbliche e sull'utilizzo dei finanziamenti.

Centrali di committenza e soggetti aggregatori (41)

- Introdotta il divieto di porre a carico dei concorrenti e dell'aggiudicatario i costi connessi alla gestione delle piattaforme telematiche

Requisiti per la partecipazione dei consorzi (47)

I **consorzi** fra società cooperative di produzione e lavoro, i consorzi stabili e i consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, possono **utilizzare, per la qualificazione**:

- (a) requisiti di qualificazione maturati in proprio
- (b) requisiti di qualificazione posseduti dai singoli consorzianti designati per l'esecuzione delle prestazioni
- (c) «**avvalersi**» dei requisiti delle consorziate non designate per l'esecuzione

ANAC, con linee guida, stabilirà i criteri di imputazione al consorzio per i casi a) e b).

Raggruppamenti temporanei di imprese (48 – 83)

➤ Rinvio alla definizione di lavori scorporabili

così come definiti all' art. 3, comma 1, lett. oo-ter: categoria di lavori individuata dalla stazione appaltante nella documentazione di gara, tra quelli non appartenenti alla categoria prevalente e comunque:

- Di importo superiore al 10% del costo complessivo dell'opera o del lavoro;
- Di importo superiore a euro 150.000;
- Appartenenti alle categorie di opera di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica quali strutture, impianti e opere speciali.

➤ Modifiche soggettive:

- a) equiparazione, ai casi i fallimento, lca, ecc., del mandatario o mandante, della perdita dei requisiti di cui all'art. 80
 - b) estensione della relativa disciplina, alle modifiche soggettive in fase di gara (e non solo in fase di esecuzione)
 - c) estensione della disciplina ai consorzi stabili
 - d) introduzione del dovere (anziché facoltà) di recedere dal contratto in caso di fallimento della mandataria non sostituita e che non abbia ancora eseguito le prestazioni
 - e) ammissibilità del recesso di uno dei membri del RTI per esigenze organizzative anche quando il RTI si riduca ad un unico soggetto
- All'art. 83 (disciplinante i requisiti di partecipazione) viene previsto che la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in **misura maggioritaria**.

Clausole sociali (50)

- **Obbligo** (e non facoltà) **di inserirle** in tutti i contratti di concessione e di lavori e servizi diversi da quelli di natura intellettuale ed ad alta densità di manodopera: per gli affidamenti di lavori e servizi e di contratti di concessione, aventi un'alta intensità di manodopera i bandi e gli avvisi **inseriscono (obbligo)** specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario dei contratti collettivi di settore.

Procedure di scelta del contraente (59)

- **appalto integrato**: il Comunicato stampa della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 13 aprile 2017 n. 24 segnala fra le novità più rilevanti l'introduzione di un periodo transitorio che estende l'appalto integrato alle procedure i cui progetti preliminari o definitivi siano stati approvati alla data di entrata in vigore del codice, o la cui gara d'appalto viene esperita entro 18 mesi dalla data in vigore del Decreto correttivo.
 - detta disposizione è inserita all'art. 216, comma 4.
- **Appalti integrati**:
 - viene inserito il comma 1-bis che prevede la possibilità di affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione dei lavori quando l'oggetto dell'appalto sia **ad alto contenuto tecnologico**;
 - viene inserito il comma 1-ter che prevede che il ricorso alle procedure congiunte (**appalti integrati**) deve essere **motivato** puntualmente nella determina a contrarre;
 - il divieto di ricorso all'affidamento congiunto della progettazione esecutiva e dell'esecuzione di lavori è **escluso** anche in caso di locazione finanziaria o di opere di urbanizzazione a scomputo.

Procedure di scelta del contraente (59)

Precisazioni sui **presupposti procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo**, ed in particolare sulla distinzione tra offerte

➤ **Irregolari**

- (a) Che non rispettano i documenti di gara
- (b) Ricevute in ritardo rispetto ai termini indicati nel bando o nell'invito;
- (c) che l'amministrazione aggiudicatrice ha giudicato anormalmente basse

➤ **Inammissibili**

- (a) in relazione alle quali la commissione giudicatrice ritenga sussistenti gli estremi per informativa alla Procura della Repubblica per reati di corruzione o fenomeni collusivi
- (b) che non hanno la qualificazione necessaria;
- (c) il cui prezzo supera l'importo posto dall'amministrazione aggiudicatrice a base di gara, stabilito e documentato prima dell'avvio della procedura di appalto.

Nei casi di offerte irregolari o inammissibili, la successiva procedura deve **riprodurre le condizioni contrattuali originarie** al fine di evitare pratiche elusive.

N.B. Sui soggetti esclusi dalla nuova procedura occorre attendere il testo pubblicato.

Commissione giudicatrice 77

- Possibilità di nominare «alcuni» componenti interni, ma non il presidente, nel rispetto del principio di rotazione, per:
 - (a) servizi e forniture sotto soglia
 - (b) lavori inferiore a milione di euro o di non particolare complessità.
- Per servizi e forniture di elevato contenuto scientifico tecnologico o innovativo, nell'ambito dell'attività di ricerca e sviluppo, l'ANAC, dopo confronto con la SA, può selezionare come componenti anche **esperti interni** della stessa SA.
- **La possibilità per il RUP di far parte della commissione è valutata con riferimento alla singola procedura.**
- Si prevede l'obbligo per le SA di accertare, prima del conferimento dell'incarico, **l'insussistenza di cause ostative o incompatibilità**; in caso positivo, la SA dovrà darne comunicazione all'ANAC per l'eventuale cancellazione dell'esperto dall'albo e per la comunicazione di un nuovo esperto

Commissione giudicatrice/ Albo dei componenti (77/78)

- I criteri e le modalità per l'iscrizione nell'**Albo Nazionale** dei componenti delle commissioni giudicatrici sono definiti dall'ANAC con apposite Linee Guida

L' Anac, con un comunicato del 22 marzo 2017, ha ribadito che l'Albo dei commissari di gara non è ancora operativo e, pertanto, la nomina delle commissioni giudicatrici nelle gare d'appalto continua a essere di esclusiva spettanza delle pubbliche amministrazioni.

Come previsto nelle linee guida n. 5/2016 recanti **i criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici** l'entrata in vigore dell'Albo è subordinata all'adozione di un apposito Regolamento con cui l'Autorità disciplinerà le procedure informatiche per garantire la casualità della scelta, la corrispondenza delle professionalità richieste, la rotazione degli esperti, nonché le modalità di comunicazione tra l'Autorità, le stazioni appaltanti e i commissari di gara.

Il predetto Regolamento non è stato ancora adottato, stante anche le modifiche previste agli articoli 77 e 78 del Codice dal **decreto correttivo**.

- Abrogazione del comma 12 (art. 77), che prevedeva la competenza transitoria della Stazione appaltante per la nomina dei componenti della commissione di gara;
- Accolto il suggerimento del CdS parere n. 4327/2017: eliminata la regionalizzazione dell'Albo.
- Introduzione del comma 1-bis (art. 78) che rimanda alla linee guida la determinazione delle modalità di funzionamento della commissione (sedute pubbliche; eventuali adempimenti specifici).

Focus: la figura del RUP alla luce del Decreto correttivo (31)

Le modifiche normative introdotte individuano il momento di individuazione del responsabile unico del procedimento (RUP) da parte della stazione appaltante, finora inedito, e i casi in cui il RUP coincide con il progettista, il direttore dell'esecuzione del contratto, il direttore dei lavori:

- a) il correttivo introduce la previsione secondo cui le stazioni appaltanti *“individuano, nell'atto di adozione o di aggiornamento dei programmi di cui all'articolo 21, comma 1, ovvero nell'atto di avvio relativo ad ogni singolo intervento per le esigenze non incluse in programmazione un responsabile unico del procedimento”*;

La novità di rilievo è che l'individuazione può avvenire, anche con atto di adozione o di aggiornamento della programmazione fino dalla fase, dunque, di approvazione del programma delle opere pubbliche o del programma biennale degli acquisti di beni e servizi (atto di competenza politica).

- b) Con la modifica del comma 5 viene precisato che le **linee guida ANAC** devono definire, tra l'altro, i presupposti e le modalità di **nomina** del RUP nonché l'importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista, con il direttore dei lavori o con il direttore dell'esecuzione.

La modifica non ha solo una valenza formale e, soprattutto, sembra ritornare su una questione avanzata dal Consiglio di Stato (parere n. 1767/2016) sullo schema di **linee guida n. 3 dell'ANAC** dedicate al RUP. In detto provvedimento, l'autorità anticorruzione ha ritenuto di dover disciplinare anche aspetti relativi alle modalità di nomina. Elemento che alla commissione speciale, all'epoca, apparve fuori dall'ambito di competenza assegnato all'autorità anticorruzione.

Procedure telematiche e termini (79)

Introduzione di disciplina per i casi di **malfunzionamenti** che impediscono la corretta presentazione delle offerte. In tal caso:

- la SA adotta i provvedimenti necessari compresa la sospensione del termine, assicurando la segretezza e consentendo a chi l'ha già presentata di ritirarla o sostituirla
- obbligo di dare pubblicità al relativo provvedimento
- obbligo di segnalazione all'AGID ai fini dell'irrogazione di eventuali sanzioni alla SA.

Motivi di esclusione (80)

- Inserimento, tra i reati rilevanti, delle **false comunicazioni sociali** di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c..
- Precisazione che le cause di decadenza e di interdittiva per i **reati antimafia** riguardano tutti i soggetti rilevanti (coordinamento norme)
- Specificazione che i **soggetti rilevanti** sono, tra gli altri:
 - membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, **ivi compresi gli institori e i procuratori generali**;
 - i **membri** degli organi con poteri di direzione e di vigilanza.
- Non modificati i riferimenti ai soggetti muniti di poteri di rappresentanza e del socio unico persona fisica o del socio di maggioranza con società con meno di quattro soci
- Parificazione al DURC (che di prevede sia acquisito d'ufficio dalle stazioni appaltanti – 86) delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale

Motivi di esclusione (80)

➤ **Inserimento, tra le altre cause** di esclusione tipizzate:

f-bis) dichiarazioni e documentazione non veritiere nel corso della gara o in gare precedenti;

f-ter) operatore iscritto nel casellario informatico presso l'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti. Il motivo di esclusione perdura fino a quando opera l'iscrizione nel casellario

➤ **Periodo massimo** di durata dell'incapacità a contrarre con la P.A., per le violazioni fiscali e contributive e altre cause di esclusione «aziendale» è di **3 anni dal definitivo accertamento** del fatto illecito (ove non sia intervenuta sentenza di condanna).

Documentazione di gara (81)

La documentazione comprovante il possesso dei requisiti generali e speciali **nonché per il controllo in fase di esecuzione del contratto** è acquisita esclusivamente attraverso la Banca dati centralizzata gestita dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (che dunque subentra ad ANAC), denominata **Banca dati nazionale degli operatori economici**.

Rapporti di prova e certificati (82)

Parificazione agli organismi accreditati degli:

- organismi autorizzati in base alla normativa europea di armonizzazione, ovvero,
- in assenza di disposizioni di armonizzazione, di organismi previsti dalla normativa nazionale di settore.

Criteri di selezione (83)

Requisiti

- Il fatturato minimo annuo non può comunque superare il **doppio del valore stimato dell'appalto «calcolato in relazione al periodo di riferimento dello stesso»** salvo in circostanze debitamente motivate relative ai rischi specifici. La stazione appaltante, ove richieda un fatturato minimo annuo, ne indica le ragioni nei documenti di gara.
- Per RTI, consorzi ordinari, RETE e GEIE, **il bando può indicare le misure** in cui i requisiti devono essere posseduti dai singoli partecipanti e la **mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria**

Soccorso Istruttorio (83)

Tutte le carenze di **elementi formali** possono essere sanate con soccorso istruttorio. In particolare:

- in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra regolarità **essenziale** degli elementi e del DGUE, con esclusione di quelle afferenti l'offerta economica e tecnica, la stazione appaltante assegna termine, non superiore 10 gg, perché siano integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In mancanza, il concorrente è escluso.

Sono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

Sistema di penalità/premialità (83)

Sistema del **rating di impresa** presso l'ANAC

- non più strumento di qualificazione, ma **facoltativo** per premialità (su richiesta degli operatori economici)
- eliminate **interferenze** tra Rating di Impresa e quello del Rating di Legalità

N.B. le Linee Guida ANAC che definiscono i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione dovranno essere emanate **entro tre mesi** dall'adozione del Decreto correttivo.

Sistema di premialità/penalità (83)

Sanzioni amministrative

Le linee guida istituiscono altresì un sistema amministrativo, regolato sotto la direzione dell'ANAC, di penalità e premialità per la **denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive** da parte delle imprese titolari di appalti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi, prevedendo altresì uno specifico regime sanzionatorio nei casi di omessa o tardiva denuncia.

Requisiti reputazionali

I requisiti reputazionali alla base del rating di impresa tengono conto, in particolare, dei 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.

SOA (84)

- in caso di false dichiarazioni o documenti, le SOA ne danno immediata segnalazione all'ANAC. L'Autorità, se verifica che sono state rese con dolo o colpa grave, dispone l'iscrizione dell'impresa nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle gare e dagli affidamenti di subappalti fino a 2 anni.
- per superare i rigidi standard SOA, è stato previsto che le imprese potranno **scegliere i cinque migliori anni** di attività tra gli ultimi dieci esercizi, e tra i migliori esercizi degli ultimi cinque anni nel caso in cui gli appalti superino i 20 milioni;

Avvalimento (89)

- Il contratto di avvalimento deve contenere, **a pena di nullità**, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.
- in caso di esito negativo delle verifiche della S.A., in corso di esecuzione dell'appalto, circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto, si procede con la risoluzione del contratto (formula non chiara);

Garanzia provvisoria (93)

- è facoltà della Stazione appaltante non chiedere la garanzia in caso di affidamento inferiore a 40mila Euro (affidamenti previsti dall'art. 36, comma 2, lett. A D.Lgs. 50/2016), per i quali è altresì previsto che possa non essere richiesta la definitiva (103), se adeguatamente motivata dall'Amministrazione precedente;
- Possibilità di prestare la garanzia anche con bonifico o assegno circolare;
- copre la mancata stipula del contratto dopo l'aggiudicazione, dovuta ad ogni fatto riconducibile a una condotta dell'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva -> eliminazione del riferimento a dolo o colpa grave dell'affidatario;
- è svincolata automaticamente al momento della stipula del contratto;
- è espressamente previsto che, in caso di partecipazione alla gara di piccole e medie imprese si applica la riduzione del 50 per cento sull'importo della garanzia dovuto (non cumulabile con la riduzione prevista per il possesso della certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO9000).

Viene specificato che in caso di cumulo delle riduzioni, la riduzione successiva deve essere calcolata sull'importo che risulta dalla riduzione precedente.

Garanzia provvisoria (93)

- In caso di partecipazione di microimprese, piccole e medie imprese e di raggruppamenti temporanei o consorzi ordinari costituiti esclusivamente da microimprese, piccole e medie imprese la garanzia provvisoria **non deve essere correlata dall'impegno di un fideiussore, a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto.**
- È espressamente prevista la riduzione del 30 per cento nei contratti di servizi e forniture non cumulabile con altre riduzioni, per gli operatori economici in possesso **rating di legalità e rating di impresa (il D.Lgs. 50/2016 Prevedeva questo tipo di riduzione solo per le imprese in possesso del rating di legalità).**

Criteri di aggiudicazione delle offerte (95)

Regola generale: OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA

Novità del Decreto correttivo (evidenziate in rosso)

Obbligatorio il criterio dell'OEPV (basata sul miglior rapporto qualità/prezzo) per:

- a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'art. 50, comma 2 **fatti salvi gli affidamenti di importo inferiore ai 40.000 euro;**
- b) i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo **pari** o superiore a 40.000 euro.

Criteri di aggiudicazione delle offerte (95)

Novità del Decreto correttivo (evidenziate in rosso)

Prezzo più basso ammissibile solo:

- a) per i lavori di importo pari o inferiore a 2.000.000 (non più 1 mln) di euro, quando l'affidamento avviene con procedure ordinarie, sulla base del progetto esecutivo e con applicazione dell'esclusione automatica delle offerte anomale;
- b) per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato;
- c) per i servizi e le forniture di **di importo fino a 40.000 euro, nonché**
- d) per i servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro e sino alla soglia di cui all'articolo 35 **solo se** caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.

Criteri di aggiudicazione delle offerte (95)

Novità del Decreto correttivo (evidenziate in rosso)

Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i **costi della manodopera** e i costi 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 di importo inferiore a 40.000 euro. Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d (costo del personale conforme ai minimi salariali retributivi)**

Nelle procedure di gara affidate con il criterio dell'OEPV viene prevista **la valorizzazione degli elementi qualitativi e l'obbligo di individuare criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profile tecnici; a tal fine la sa stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento.**

In caso di appalti aggiudicati con OEPV non possono essere attribuiti punteggi per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo.

Anomalia (97)

Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso è pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata.

Inserito il comma 3- bis:

La valutazione della soglia di anomalia, può essere effettuata solo nel caso in cui il numero delle offerte **sia pari o superiore a cinque.**

Anomalia (97)

Novità del Decreto correttivo (evidenziate in rosso)

Metodi, che il RUP o la commissione giudicatrice, sorteggiano per identificare la soglia in caso di prezzo più basso :

- a) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 20% arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media (**doppia media con taglio delle ali**);
- b) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 20% **rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso arrotondato all'unità superiore**, tenuto conto che se la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è pari ovvero uguale a 0 la media resta invariata; qualora invece la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è dispari, la media viene decrementata percentualmente di un valore pari a tale cifra (**media tagliata con possibile decremento**)
- c) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, incrementata del 15% (**media incrementata del quinto**);
- d) **media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse incrementata del dieci per cento**;
- e) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10%, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media, moltiplicato per un **coefficiente sorteggiato dalla commissione giudicatrice o, in mancanza della commissione, dal RUP, all'atto del suo insediamento tra i seguenti valori: 0,6; 0,7; 0,8; 0,9.**"

Subappalto (105)

È il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto.

GENERALIZZAZIONE del PRINCIPIO (prima limitato ai lavori):

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.

Subappalto (105)

Novità del Decreto correttivo

- Il Decreto correttivo prevede che **non si configurano come attività affidate in subappalto** 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.
- Viene introdotto **un nuovo comma 4** che prevede che i soggetti affidatari dei contratti 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;
 - 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.

Subappalto (105)

- Il Decreto correttivo specifica che è obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta non solo quando gli appalti di lavori, servizi e forniture siano di importo **pari o superiore** alle soglie di cui all'articolo 35 ma anche se, **indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa** (così come individuate dalla L. 190/2012).
- 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.
- Nel bando o nell'avviso di gara la stazione appaltante prevede, **per gli appalti sotto le soglie di cui all'articolo 35**: le modalità e le tempistiche per la verifica delle condizioni di esclusione di cui all'articolo 80 prima della stipula del contratto stesso, per l'appaltatore e i subappaltatori; l'indicazione dei mezzi di prova richiesti, per la dimostrazione delle circostanze di esclusione per gravi illeciti professionali.

Modifica dei contratti (106)

modifiche soggettive

- eliminazione del riferimento alla successione soggettiva «per contratto»

Incentivi per funzioni tecniche (113)

- Previsto incentivo per funzioni tecniche in misura non superiore al 2% del fondo di risorse finanziarie stanziato, modulato sull'importo dei lavori servizi e forniture posti a base di gara.
- Non applicabile per le SA con contratti e convenzioni che prevedono modalità diverse di retribuzione delle funzioni tecniche dei dipendenti.
- In caso di ricorso a centrale di committenza, gli enti che si avvalgono o la costituiscono possono destinare il fondo o sua parte ai dipendenti della centrale.

Incentivi per funzioni tecniche (113)

- La Corte dei Conti – Sez. regionale di controllo per la Lombardia con Deliberazione 16/11/2016 n. 333, a seguito di richiesta di parere, aveva precisato che il termine «lavori a base d’asta», utilizzato nella precedente formulazione del secondo comma dell’art. 113, dovesse essere inteso in senso atecnico e quindi non soltanto per lavori ma anche per **servizi e forniture**.
- Infatti, l’art.102 del decreto legislativo 50/2016, come modificato dal Decreto correttivo, dispone che il responsabile unico del procedimento controlla l’esecuzione del contratto congiuntamente al direttore dell’esecuzione e che i contratti pubblici sono soggetti a collaudo per i lavori, e a verifica di conformità per i servizi e le forniture e disciplina una serie di attività e di adempimenti (non tutti) che sono comuni ad ogni tipo di appalto. In base all’oggetto dell’appalto sono conseguentemente previste le diverse figure professionali che dovranno svolgere quelle attività destinarie dell’incentivo di cui al comma 2 dell’art.113.
- Il Codice all’art. 21, comma 1, prevede che le Amministrazioni adottino il programma biennale delle acquisizioni dei beni e dei servizi, e i relativi aggiornamenti annuali.

Il compenso incentivante, nel rispetto di quanto disposto dall’art. 113, è quindi previsto per i servizi e le forniture in maniera autonoma, scevro da ogni collegamento con l’esecuzione dei lavori.

Incentivi per funzioni tecniche (113)

La Corte dei Conti – Sez. regionale di controllo per la Puglia n. 5/2017/PAR del 2471/2017

«la nuova disciplina riconosce gli incentivi anche in relazione ad appalti per forniture e servizi, a prescindere da ogni collegamento con l'esecuzione di lavori, sempre che siano rispettate le condizioni richieste dall'art.113 del D.Lgs. n.50/2016 (Sez. controllo Lombardia n.333/PAR/2016; Sez. controllo Emilia Romagna n.118/2016/QMIG). Il compenso incentivante non spetta per la progettazione e il coordinamento della sicurezza (Sez. controllo Lombardia n.333/PAR/2016). Gli incentivi riguardano in via esclusiva e tassativa le attività indicate al menzionato comma 2 (Sez. controllo Puglia n.204/2016/PAR). L'adozione del regolamento "continua ad essere una condizione essenziale ai fini del legittimo riparto tra gli aventi diritto delle risorse accantonate sul fondo" (Sez. controllo Veneto n.353/2016/PAR).»

- l'art. 113, comma 3, stabilisce che le Amministrazione mediante apposito regolamento stabiliscono le modalità e i criteri per la ripartizione delle risorse finanziarie del fondo.

Incentivi per funzioni tecniche (113)

La Corte dei Conti – Sez. regionale di controllo per la Puglia n. 5/2017/PAR del 2471/2017

In base a quanto espresso con la pronuncia in oggetto, la Sezione ha ritenuto tassativo l'elenco delle attività incentivabili, confermando l'orientamento secondo il quale gli incentivi per funzioni tecniche riguardano, in via esclusiva, le attività indicate al comma 2 dell'art.113 del D.Lgs. n.50/2016 (Sez. controllo Puglia n.204/2016/PAR).

- Il suddetto emolumento, secondo i recenti orientamenti giurisprudenziali, può essere corrisposto solo in presenza di una **espressa previsione legislativa**.
- Il comma 2 contempla quali attività incentivabili: **attività di programmazione della spesa per investimenti, di valutazione preventiva di progetti, di predisposizione e di controllo delle procedure di gara e di esecuzione dei contratti, di RUP, di direzione lavori ovvero direzione dell'esecuzione, di collaudo tecnico amministrativo o di verifica di conformità e di collaudatore statico.**

Termini per pagamento e penali (113bis)

- Il termine per l'emissione dei certificati di pagamento per gli acconti non può superare **45 giorni** dall'adozione di ogni sal.
- I contratti prevedono ritardi per il ritardo commisurate ai giorni di ritardo e proporzionali rispetto all'importo del contratto o alle prestazioni del contratto, calcolate in misura giornaliera tra **0,3 e 1** per mille dell'ammontare netto contrattuale, da determinare in relazione all'entità delle conseguenze legate al ritardo e non possono superare, complessivamente, il **10%** dell'ammontare netto contrattuale.

Termini per pagamento e penali (113bis)

- All'esito del collaudo/verifica conformità il RUP rilascia il **certificato di pagamento**, nei termini di cui all'art. 4 d. 231/2002 e non costituisce presunzione di accettazione dell'opera ai sensi del 1666 cc:
- a. 30 giorni dalla data di ricevimento da parte del debitore della **fattura o di una richiesta di pagamento** di contenuto equivalente;
 - b. 30 giorni dalla data di **ricevimento delle merci o dalla data di prestazione dei servizi**, quando non è certa la data di ricevimento della fattura o della richiesta equivalente di pagamento;
 - c. 30 giorni dalla data di **ricevimento delle merci o dalla prestazione dei servizi**, quando la data in cui il debitore riceve la fattura o la richiesta equivalente di pagamento è anteriore a quella del ricevimento delle merci o della prestazione dei servizi;
 - d. 30 giorni dalla data dell'accettazione o della verifica eventualmente previste dalla legge o dal contratto ai fini **dell'accertamento della conformità della merce o dei servizi** alle previsioni contrattuali.

N.B.: le parti possono pattuire, purchè in modo espresso, **un termine per il pagamento superiore** ai trenta giorni, quando ciò sia oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche. In ogni caso i termini non possono essere superiori a **sessanta giorni**. La clausola relativa al termine deve essere provata per iscritto.

Collaudo (102) Novità del Decreto Correttivo

- Per i lavori di importo pari o inferiore a 1 milione di euro e per forniture e servizi di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, è sempre facoltà della stazione appaltante sostituire il certificato di collaudo o il certificato di verifica di conformità con il certificato di regolare esecuzione rilasciato per i lavori dal direttore dei lavori e per forniture e servizi dal responsabile unico del procedimento. il certificato di regolare esecuzione è emesso non oltre tre mesi dalla data di ultimazione delle prestazioni oggetto del contratto.
- Per i contratti pubblici di lavori di importo superiore a 1 milione di euro e inferiore alla soglia di cui all'articolo 35 il certificato di collaudo, può essere sostituito dal certificato di regolare esecuzione rilasciato per i lavori dal direttore dei lavori.
- Per effettuare le attività di collaudo sull'esecuzione dei contratti pubblici le stazioni appaltanti nominano tra i propri dipendenti o dipendenti di altre amministrazioni pubbliche da uno a tre componenti con qualificazione rapportata alla tipologia e caratteristica del contratto, in possesso dei requisiti di moralità, competenza e professionalità, iscritti all'albo dei collaudatori nazionale o regionale di pertinenza.

Servizi sociali (142)

Novità del Decreto Correttivo

- **distinti i servizi dell'allegato IX**, vengono previste delle regole alleggerite per alcuni di essi (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)
- individuati, per tali servizi, **i principi e le norme applicabili;**
- Vengono richiamati, per la **programmazione, gli strumenti previsti dalla legislazione statale e regionale di settore ;**
- Viene previsto che la centralizzazione avvenga tramite «**le forme di aggregazione previste dalla normativa di settore con particolare riguardo ai distretti sociosanitari e a istituzioni analoghe**» .

Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale 1/7 (211)

ANAC:

- PARERI VINCOLANTI su questioni insorte durante lo svolgimento della procedura di gara (cfr. Regolamento ANAC del 5.10.2016), **devono essere resi «previo contraddittorio»**
 - vincolanti solo per le parti che vi hanno dato consenso
 - impugnabili avanti il TAR (se ricorso respinto incidenza su spese di giustizia ex art. 26 c.p.a.)
 - da rendere entro 30 giorni

- PARERI CONSULTIVI ancora possibili: nuovo regolamento ANAC del 20 luglio 2016

- ➔ Istanza di parere ammissibile solo se questione sottoposta: ha carattere di novità; è passibile di applicazione in casi analoghi; è di particolare complessità; ha particolare rilevanza socio-economico; riguarda tematiche sensibili in tema di trasparenza e anticorruzione

Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale (211)

Il D.Lgs. 50/2016 prevedeva, all'art. 211, comma 2, che l'ANAC, «nell'esercizio delle proprie funzioni», avesse:

➤ potere di raccomandazione vincolante Se ANAC rileva la sussistenza di un vizio di legittimità di uno degli atti della procedura ANAC invita, mediante atto di raccomandazione, la SA ad agire in autotutela rimuovendo altresì gli effetti degli atti illegittimi entro un termine non superiore a 60 giorni

1. CONSEQUENZA PER SA: adempiere alla raccomandazione o impugnarla

- In caso di inadempimento della SA:

- sanzione amministrativa pecuniaria (da € 250 a € 25.000) nei confronti del dirigente responsabile
- incidenza sul sistema reputazionale della SA

Il Decreto correttivo ha **soppresso** il potere di raccomandazione VINCOLANTE attribuito all'
ANAC.

NB: abrogato il collegio consultivo tecnico

Contratti attivi

- Viene precisato che si tratta di contratti esclusi e quindi **soggetti ai principi generali di concorrenza e parità trattamento**

GRAZIE PER L'ATTENZIONE

CASTLEX

Via Durini, 24

I - Milano - 20122

www.castlex.it

stefano.cassamagnaghi@castlex.it