

Codice Appalti 3 marzo 2016
- approvato dal Consiglio dei Ministri -

CONTENUTI, PROFILI POSITIVI E CRITICITÀ

In attuazione della legge delega n. 11/2016 – per il recepimento delle nuove direttive UE in materia di appalti e concessioni- il Consiglio dei Ministri ha recentemente approvato, in via preliminare, lo schema del nuovo Codice degli appalti.

Il testo è stato già trasmesso alle commissioni parlamentari competenti per materia, per l'acquisizione del relativo parere, di carattere non vincolante; analogamente, dovrà essere trasmesso per l'acquisizione del parere del Consiglio di Stato e della Conferenza Unificata Stato-Regioni.

I principali punti della riforma sono sintetizzabili come segue.

DECRETO LEGISLATIVO UNICO E LE LINEE GUIDA ANAC

Il Governo, in conformità alle diverse opzioni previste dalla legge delega, ha scelto la strada dell'adozione di **un unico decreto legislativo entro il 18 aprile p.v.**

Il nuovo codice, quindi, assicurerà, contemporaneamente, sia il corretto recepimento delle direttive UE, sia il riordino complessivo della normativa di settore, non essendo stata prevista l'adozione di un successivo decreto legislativo entro il 31 luglio p.v..

La disciplina codicistica, diversamente da quella attuale, sarà "auto applicativa", nel senso che non verrà adottato un nuovo Regolamento di esecuzione e attuazione del codice e quello attuale sarà abrogato.

Al suo posto, verranno emanate **Linee Guida ANAC**, con le quali sarà definita la disciplina di dettaglio su molteplici temi, tra i quali: la qualificazione, le procedure di gara sotto soglia comunitaria, la gestione dell'Albo dei Commissari, la qualificazione delle stazioni appaltanti, le modalità di verifica sul rispetto delle quote di affidamento a terzi da parte dei concessionari.

Valutazione associativa

Sostanzialmente positiva.

In linea con quanto auspicato dall'ANCE, appare positiva la previsione di un unico decreto legislativo. Tuttavia, la disciplina deve essere completa e garantire, per le parti non ancora disciplinate, un adeguato periodo "transitorio", per l'adattamento alla nuova disciplina. Al momento, ad esempio, sussiste un vuoto normativo in merito alla disciplina dei pagamenti, che non risulta inserita nel nuovo codice, né elencata tra le previsioni previgenti operative in via transitoria.

L'introduzione di un sistema di "soft regulation" garantisce una più agevole e celere possibilità di aggiornamento della regolamentazione attuativa. Tuttavia, è essenziale che le Linee guida vengano adottate tempestivamente, in modo da garantire la

necessaria completezza del quadro regolatorio, e, soprattutto, che abbiano carattere vincolante.

QUALIFICAZIONE IMPRESE – art.84

E' stato reintrodotta l'esplicito riferimento al sistema SOA, quale meccanismo unico di qualificazione operante, di regola, al di sopra dei 150 mila euro.

Per gli appalti di importo superiore ai 20 milioni, è stata prevista una qualificazione rafforzata, introducendo la possibilità per le stazioni appaltanti di richiedere, in aggiunta alla Soa, due ulteriori requisiti, rappresentati da:

- parametri economici, certificati da società di revisione, che indichino in modo inequivocabile l'esposizione finanziaria dell'impresa al momento della gara;
- lavori analoghi, per entità e tipologia, a quelli oggetto di appalto.

Con linee guida ANAC, da adottare entro un anno, sarà disciplinato il sistema di qualificazione in coerenza con le nuove regole.

Fino all'entrata in vigore di tali linee guida, si continua ad applicare, in quanto compatibile, il sistema di qualificazione previgente.

Inoltre, viene prevista la possibilità che, entro 1 anno dall'adozione del codice, un decreto ministeriale MIT/ANAC consenta, alle stazioni appaltanti più qualificate, di introdurre modalità di qualificazione alternative o sperimentali, al fine di migliorare l'effettività delle verifiche, e, quindi, la qualità e moralità degli operatori economici, se del caso attraverso un graduale superamento del sistema SOA.

Valutazione associativa

Positivo il riferimento alla SOA per affidamenti sopra i 150 mila euro (e non sopra 1 milione di euro, come inizialmente previsto), in linea con quanto auspicato da ANCE.

Negativo il riferimento al possesso di lavori analoghi sopra i 20 milioni, che genera una restrizione del mercato e che, al più, andrebbe circoscritto agli appalti in cui la categoria prevalente sia un'opera altamente specializzata.

L'applicazione, per la fase transitoria, delle disposizioni previgenti "in quanto compatibili" crea problemi interpretativi, da risolvere quanto prima in sede ANAC.

Critica anche la possibilità che venga introdotta, a breve termine, una nuova modalità di qualificazione gestita da alcune stazioni appaltanti più strutturate, la cui natura "aggiuntiva" ovvero "sostitutiva" rispetto alla SOA non risulta chiara.

REQUISITI REPUTAZIONALI SOA – art.84,co.4

Vengono affidati alla valutazione delle SOA i requisiti reputazionali che terranno conto dei precedenti comportamentali dell'operatore quali: il rispetto dei tempi e dei costi,

nonché l'assenza di contenzioso, sia in sede di partecipazione alla gara sia in fase di esecuzione del contratto.

Valutazione associativa

Positiva la circostanza che il sistema di rating reputazionale sia affidato alla valutazione delle SOA, come ipotizzato da ANCE.

Negativo il riferimento all'assenza di contenzioso che appare un requisito di dubbia costituzionalità, laddove non limitato alle liti temerarie.

Occorrerà, inoltre, chiarire, in sede ANAC, che, in linea con la legge delega, i requisiti reputazionali devono avere carattere premiale, e non come condizione valevole ai fini dell'accesso alla qualificazione.

REQUISITI REPUTAZIONALI “GARA PER GARA” – art.83, co.10

Viene istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, un sistema di premialità e penalità connesso ad indici reputazionali, tra i quali assumono rilevanza gli accertamenti definitivi connessi al rispetto dei tempi e dei costi. In questo ambito, rientra anche la gestione di misure sanzionatorie nei casi di omessa o tardiva denuncia di richieste estorsive o corruttive da parte dell'impresa che concorre alla gara, dei subappaltatori e dei fornitori.

Valutazione associativa

Occorre chiarire che il riferimento al sistema reputazionale Anac “gara per gara” non opera per i lavori, per i quali tale verifica viene effettuata in sede SOA; diversamente, si rischia di costituire una duplicazione di valutazione, con possibile disparità di trattamento.

Inoltre, il riferimento al possibile carattere di “penalità” dei requisiti reputazionali appare in contrasto con la legge delega, essendo invece legato ai casi di omessa o tardiva denuncia di richieste estorsive o corruttive.

PROCEDURA NEGOZIATA FINO AD 1 MILIONE DI EURO – art.36,co.2

Per gli appalti sotto 1 milione di euro, la procedura negoziata senza bando assume un carattere ordinario, rispetto alla normativa vigente, ferma restando la possibilità per le stazioni appaltanti di optare per procedure diverse. Gli operatori da invitare sono almeno 3, per affidamenti fino a 150.000 euro, e almeno 5, tra 150.000 euro ed 1 milione.

Valutazione associativa

Il numero minimo di candidati da invitare alla procedura negoziata dovrebbe essere almeno pari a 5, come indicato nella legge delega, Pertanto, il riferimento ai 3 invitati per appalti fino a 150.000 euro è fuori delega, così come, al di sopra di tale soglia e

fino ad 1 milione, dovrebbe elevato almeno a 10 soggetti, in maggiore coerenza con la normativa attuale.

Ciò, sia al fine di garantire un maggior livello di concorrenza, sia al fine di rendere possibile l'eventuale applicazione del meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte anomale che richiede la presentazione di almeno 10 offerte valide.

Inoltre, la legge delega qualifica la procedura negoziata senza bando come procedura eccezionale.

CRITERI DI AGGIUDICAZIONE – art.95

Il criterio del massimo ribasso, con verifica di congruità delle offerte, può essere utilizzato solo per appalti al di sotto di 1 milione di euro.

Non si fa, peraltro, cenno espresso al meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte anomale.

L'offerta economicamente più vantaggiosa, basata sul miglior rapporto qualità –prezzo, diventa in criterio di aggiudicazione preferenziale.

Valutazione Associativa

Negativa.

L'utilizzazione del prezzo più basso dovrebbe essere consentita almeno fino a 2,5 milioni di euro, (o fino alla soglia comunitaria, laddove nell'appalto non vi sia carattere transfrontaliero) accompagnandolo, però, con l'esclusione automatica delle offerte anomale, da applicare secondo il metodo antiturbativa ANCE. Fino a tale soglia di importo, infatti, gli appalti spesso non presentano quel carattere di complessità tecnica che costituisce il presupposto giustificativo per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, molto più complesso ed oneroso.

Inoltre, il massimo ribasso senza esclusione automatica delle offerte anomale espone le stazioni appaltanti ad un aggravio procedimentale notevole – connesso alla verifica di congruità – oltre ad un sicuro incremento della media dei ribassi.

Ciò appare tanto più rilevante ove si consideri che l'84% dei bandi di gara si colloca sotto 1 milione di euro

CONCESSIONI AUTOSTRADALI – art.177

In linea con la legge delega, viene ribadito l'obbligo per i titolari di concessioni affidate senza gara, di esternalizzare l'80 per cento dei contratti, pur continuandosi a prevedere un periodo transitorio di adeguamento non superiore a 24 mesi.

Valutazione associativa

Positiva, in linea con posizione di compromesso ANCE.

CONTRATTI MISTI – art.28

Viene ripristinata la previsione, presente nel codice vigente, che precisa che, nei contratti misti di lavori, servizi e forniture, l'operatore economico deve possedere adeguati requisiti di qualificazione per ciascuna delle prestazioni oggetto del contratto, compresi i lavori, a prescindere dal relativo importo.

Valutazione associativa

Positiva

SUDDIVISIONE IN LOTTI – art.51

E' stato eliminato, a maggiore tutela delle PMI, il riferimento alla condizione che la suddivisione in lotti operi solo ove possibile ed economicamente e tecnicamente conveniente. La definizione di lotto funzionale fa riferimento, oltre che alla fattibilità tecnica della suddivisione, anche alla funzionalità e fruibilità delle singole parti dell'opera.

Valutazione associativa

Positiva.

Permane, tuttavia, una criticità nella definizione di lotto funzionale. Infatti, il riferimento, alla funzionalità e fruibilità delle singole parti limita l'attuazione del principio della suddivisione in lotti, escludendolo per alcune tipologie di opere, quali ad esempio quelle "a rete".

Appare maggiormente in linea con le direttive UE (cons. n 78 dir. 24/2014) lasciare alle stazioni appaltanti la valutazione, da effettuare sulla base del progetto, in merito alla percorribilità di una suddivisione quantitativa o qualitativa, facendo in modo che l'entità dei singoli appalti corrisponda meglio alla capacità delle PMI.

AFFIDAMENTO "IN HOUSE" – art.192

In linea con la legge delega, che ha previsto un rafforzamento dei presupposti legittimanti il ricorso all'in house, viene introdotto l'obbligo per le stazioni appalti di motivare le ragioni del mancato ricorso al mercato, anche in termini di maggiore economicità della scelta di affidare in house.

Valutazione associativa

Positiva, sostanzialmente in linea con istanza ANCE.

SUBAPPALTO – art.105

Il ricorso subappalto risulta, fatto salvo quanto si dirà oltre, liberalizzato; tuttavia, è rimesso alla valutazione della stazioni appaltanti se introdurre, gara per gara”, limitazioni, prevedendole espressamente in bando.

L’obbligo di indicare la terna dei subappaltatori opera per gli appalti sopra soglia comunitaria, ma la stazione appaltante ha la facoltà di prevedere ulteriori casi anche sotto soglia comunitaria.

Il pagamento diretto del subappaltatore è stato modificato, riallineandolo in parte alla legge delega. In particolare, resta confermato il fatto che il pagamento è sempre diretto quando rivolto alle micro e piccole imprese o anche in caso di inadempimento dell’appaltatore; mentre su richiesta del subappaltatore, è diretto solo se la natura del contratto lo consente.

Permane, peraltro, il limite del 20% al ribasso praticabile al subappaltatore.

Infine, viene ripristinato il divieto di subappalto oltre il 30% delle categorie cd “superspecializzate” d’importo superiore al 15% (con conseguente obbligo di ATI verticale), per le quali non è ammesso neanche l’avvalimento.

Valutazione associativa

Negativo l’obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori, che viene ampliato anche agli appalti sotto soglia, e il mantenimento del limite del 20% al ribasso praticabile sui prezzi del subappaltatore.

Negativo il pagamento diretto dei subappaltatori non accompagnato dall’eliminazione della responsabilità solidale contributiva e retributiva.

Negativa la reintroduzione del divieto di subappalto per le opere superspecializzate.

RISOLUZIONE DEL CONTRATTO PER RISERVE – art.108

Si prevede la risoluzione del contratto in caso di iscrizione di riserve superiori al 15% dell’importo contrattuale.

Valutazione associativa

Negativa. Si tratta di una previsione di dubbia legittimità costituzionale, in quanto limita il diritto soggettivo dell’appaltatore di far valere pretese economiche legate all’esecuzione dell’appalto, che potrebbero, peraltro, dipendere anche da comportamenti illeciti dell’amministrazione.

SORTEGGIO COMMISSARI – art.77

Per gli appalti sopra soglia, viene previsto che l'ANAC individui una lista di componenti da un proprio Albo, che viene trasmessa alle stazioni appaltanti, all'interno della quale le stesse dovranno sorteggiare i commissari.

E' contemplata la possibilità di derogare alla regola dell'Albo dei commissari di gara per le procedure sotto soglia e per gli appalti privi di particolare complessità.

Valutazione associativa

Negativa. Il sorteggio dovrebbe essere effettuato dall'ANAC. Inoltre, le deroghe previste non sono in linea con la legge delega ed in controtendenza rispetto al "favor" del nuovo codice verso una maggiore trasparenza e legalità.

SOCCORSO ISTRUTTORIO – art.83, co.9

Il soccorso istruttorio resta oneroso, ancorché, rispetto alla normativa vigente, risulti più contenuto l'ammontare della sanzione irrogabile.

Valutazione associativa

Negativa. Il carattere oneroso non appare in linea con la legge delega che, in ossequio alle direttive comunitarie, prevede la piena possibilità di integrazione documentale senza aggravii economici.

FORCELLA – art.91

Viene esteso il meccanismo della forcilla alle procedure ristrette di qualsiasi importo (oggi è fino a 40 milioni di euro).

Valutazione associativa

Occorre valutare se consentire alle stazioni appaltanti di restringere la platea di concorrenti potenzialmente qualificati per la gara.

COSTI PUBBLICAZIONE BANDI – art.73

Permane la previsione per cui i costi della pubblicazione del bando sui quotidiani gravano sull'aggiudicatario.

Valutazione associativa

Negativa.

GARANZIE – artt.103 e 104

Rispetto all'attuale Codice dei Contratti, non viene riproposta la riduzione del 50% della garanzia definitiva (resta per la sola cauzione provvisoria) in presenza della certificazione della qualità.

Per gli affidamenti a contraente generale e, in via facoltativa, per appalti di sola esecuzione sopra i 100 milioni di euro, viene prevista una garanzia per gli "extra costi" superiore al 10% dell'importo del contratto.

Valutazione associativa

Negativa. Si crea un'inspiegabile disparità di trattamento rispetto alla cauzione definitiva, oltre ad un forte disincentivo per le imprese ad investire nella qualità. Peraltro, l'incremento di costo a carico dell'operatore finisce per scaricarsi sui prezzi offerti, incrementandoli, con diseconomia per il pubblico erario.

Infine, in relazione a contratti di considerevole importo (art.104), la garanzia "extra costi" di importo pari al 10% del contratto va ridotta al 5% laddove non venga ripristinata la riduzione della cauzione definitiva in presenza di certificazione di qualità.

ACCORDO BONARIO – art. 205

Si prevede la possibilità di attivare l'accordo bonario laddove l'ammontare del contratto, per effetto delle riserve, possa variare tra il 5% e il 15%. Permane l'impossibilità di iscrivere riserve su aspetti progettuali validati.

Valutazione associativa

Positivo l'abbassamento della soglia di attivazione dal 10% (attuale) al 5%. Il limite massimo del 15% è parzialmente coerente con il meccanismo della risoluzione del contratto a fronte di riserve che superano tale percentuale, ancorchè quest'ultima sia una facoltà.

Negativo il mantenimento della norma "taglia riserve" su aspetti progettuali.

DEFINIZIONE DELLE PMI – art.3, lett.aa

Viene ampliata la definizione di MPMI, inserendo l'esplicito riferimento ai requisiti occupazionali e di fatturato di ciascuna tipologia. In precedenza, invece, i requisiti delle medie imprese (meno di 250 occupati e fatturato annuo non superiore a 50 milioni) erano genericamente riferite a tutte le tipologie di impresa. Attualmente, le medie imprese sono identificate come quelle con meno di 50 occupati e fatturato non superiore a 10 milioni, mentre le microimprese come quelle con hanno meno di 10 occupati e fatturato non superiore a 2. (art. 3, lett. aa).

Valutazione associativa

Positiva. In linea con la richiesta ANCE

CERTIFICAZIONE LAVORI ALL'ESTERO

E' stata soppressa la procedura per la certificazione dei lavori eseguiti all'estero da parte delle sedi estere del Ministero Affari Esteri Conseguentemente, le SOA procederanno autonomamente anche alle verifiche necessarie per le certificazioni dei lavori eseguiti all'estero

Valutazione associativa

Occorrerà operare per una puntuale regolamentazione in sede di stesura delle norme di soft law ANAC

OPERE DI URBANIZZAZIONE A SCOMPUTO

Il testo del nuovo codice degli appalti pubblici, approvato dal Consiglio dei Ministri e inviato al Parlamento, **recepisce quasi per intero le richieste dell'Ance in tema di opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione.**

In particolare, ferma restando la disciplina delle opere di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, alle quali trovano applicazione le procedure ordinarie di gara (art. 1, comma 2, lett. f), **nell'ambito dell'art. 36, sono state inserite le norme richieste dall'Ance e volte a confermare l'attuale regime di realizzazione delle opere a scomputo sotto soglia** e cioè:

- **Applicazione, alle opere di urbanizzazione di importo inferiore alla soglia comunitaria, della procedura negoziata con invito rivolto ad almeno cinque soggetti** (art. 36, comma 3);
- **Applicazione, alle opere di urbanizzazione primaria funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, dell'art. 16, comma 2-bis del Dpr 380/2001 "Testo Unico Edilizia"** che prevede in questi casi l'esecuzione diretta da parte del titolare del permesso di costruire (art. 36, comma 4).

Non è stata accolta la proposta che ai fini del calcolo del valore delle opere di urbanizzazione a scomputo si faccia riferimento al permesso di costruire o al diverso titolo che ne abilita la realizzazione a scomputo del contributo di costruzione.

OPERE CD. "EXTRASTANDARD"

Sono state inoltre recepite le richieste dell'Ance relative all'art. 20 in tema di opere pubbliche realizzate a spese del privato che possono, ad esempio, essere individuate nelle **opere cd. "extrastandard"** previste dalla convenzione urbanistica e poste a carico del privato in base non alla normativa statale o regionale, ma ad un accordo negoziale con l'ente locale.

La disposizione riguarda tutti gli strumenti urbanistici, ma di fatto quelli di livello attuativo e subordina l'esclusione dal regime pubblicistico di queste opere ad una serie di adempimenti posti in capo alla pubblica amministrazione anteriormente alla stipula della convenzione urbanistica che porta quindi alla precisa individuazione delle opere da realizzare (anche se è richiesto un progetto di fattibilità, cronoprogramma).

UTILIZZO DEL BIM

Una novità di particolare rilievo è contenuta nell'art. 23 del testo "Livelli di progettazione per gli appalti, per le concessioni di lavori nonché per i servizi".

Infatti oltre che individuare le finalità della progettazione ed i tre livelli di approfondimento in cui è suddivisa, introduce l'uso di **metodi e strumenti per la modellazione elettronica** (più comunemente conosciuti con l'acronimo BIM).

Tale introduzione, in linea con quanto auspicato dall'Ance, avviene con modalità definibili di "graduale sperimentazione", vista la carenza di riferimenti procedurali e normativi applicabili e la limitata diffusione delle necessarie competenze tra i soggetti interessati.

Il comma 13 dell'articolo 23 stabilisce che le stazioni appaltanti **possano** richiedere l'uso metodi e strumenti BIM a condizione che siano **dotate di personale adeguatamente formato** e che dispongano di idonei sistemi di monitoraggio.

In termini di indicazione non vincolante, si suggerisce di richiedere metodi BIM prioritariamente per i **lavori "complessi"** ovvero lavori che superano la soglia dei 15 milioni di euro e sono caratterizzati da particolari complessità in relazione alla tipologia delle opere, all'utilizzo dei materiali e componenti innovativi, etc.

È compito del **Ministero** delle infrastrutture di individuare, con decreto, i tempi di progressiva introduzione dell'obbligatorietà del BIM, sulla base delle tipologie di opere e relativi importi.

Con l'impostazione data dovrebbero evitare richieste di utilizzo del BIM in progettazione da parte di stazioni appaltanti non sufficientemente consapevoli delle implicazioni di tale scelta. Per facilitare la formazione tecnica tra i dipendenti, l'art.32 stabilisce che nell'ambito della formazione obbligatoria, la stazione appaltante organizza attività formativa specifica per tutti i dipendenti che hanno requisiti idonei al conferimento dell'incarico di RUP.

Infine è presente un elemento di premialità, ai fini della qualificazione prevista all'art. 38, per la stazione appaltante che utilizza le metodologie BIM.

ASPETTI IN MATERIA DEL LAVORO

Si rileva l'accoglimento di molte delle istanze avanzate dall'Ance.

Si segnala, in particolare, **l'introduzione all'art. 30, comma 4, della disposizione volta a prevedere, così come richiesto dall'Ance, "l'applicazione al personale impiegato nei lavori oggetto di appalti pubblici e concessioni, del 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 prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelle il cui ambito sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto e svolto dall'impresa anche in maniera prevalente. Introdotto, inoltre, nell'ambito del medesimo articolo il riferimento all'istituto dell'intervento sostitutivo della stazione appaltante sia in ambito retributivo che contributivo".**

E' stato, altresì introdotto, all'art. 80 recante "motivi di esclusione", il riferimento alle cause ostative al rilascio del Durc secondo le normative vigenti, al fine di individuare le gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale, ferma restando la previsione della possibile regolarizzazione di tali inadempienze.

Nell'ambito, poi, dell'art. 86 relativo ai "mezzi di prova", è stato inserito il riferimento al Durc rilasciato dagli Istituti previdenziali, quale attestazione in merito ai contributi previdenziali e assistenziali, sebbene manchi il riferimento all'acquisizione d'ufficio da parte della stazione appaltante nonché lo specifico riferimento al rilascio dello stesso da parte delle Casse Edili per le imprese del settore.

Inoltre, **nell'ambito delle disposizioni sul subappalto (art. 105) è stato introdotto il rinvio alla responsabilità solidale di cui all'art. 29 del D.Lgs n. 276/2003** e specificato l'obbligo di osservanza integrale del trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionali e territoriali in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni.

Previsto, altresì, il rimando, nell'ambito del suddetto articolo, alla congruità della incidenza della manodopera che, per i lavori edili, è verificata dalla Cassa Edile in base all'accordo assunto tra le parti sociali nazionali dell'edilizia (firmatarie del Ccnl edile) e il Ministero del Lavoro. Tale verifica, per i lavori edili, è effettuata in comparazione con lo specifico contratto collettivo applicato. Anche in tal caso occorrerà, comunque, armonizzare, attraverso le linee guida, la disposizione con l'attuale normativa sul Durc on Line che non prevede più la regolarità sul cantiere.

Ciò premesso, si ritiene comunque fondamentale introdurre, in sede di esame parlamentare o comunque ai fini dell'elaborazione delle Linee guida da parte dell'ANAC, anche le seguenti istanze:

- specificare, con riferimento all'art. 30, co. 5 che, in caso di intervento sostitutivo della stazione appaltante per le inadempienze contributive del subappaltatore, tale intervento avvenga fino alla concorrenza del debito che l'appaltatore ha nei confronti del subappaltatore e che comunque, una volta avvenuto, svincoli il pagamento nei confronti dell'appaltatore;
- prevedere, all'art. 32, comma 7, che per l'aggiudicazione definitiva efficace in ogni caso la stazione appaltante debba verificare la regolarità dell'aggiudicatario attraverso l'acquisizione d'ufficio del Durc in corso di validità;
- specificare in modo chiaro il riferimento all'applicazione dei contratti collettivi di settore da parte della stazione appaltante, nell'ambito dei bandi di gara riproponendo, all'art. 50, comma 2, la disposizione attualmente contenuta all'art. 30, co. 4, secondo la quale: *"Al personale impiegato nei lavori 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"*;
- prevedere l'inserimento, nell'ambito della disposizione sui criteri di selezione (art. 83, co. 10), anche del sistema di asseverazione delle imprese previsto dall'attuale T.U. sulla sicurezza, al fine di valorizzare l'organizzazione degli operatori economici esecutori degli appalti;
- indicare, con riferimento al costo del personale di cui all'art. 97, comma 2 lett h), che non può essere inferiore ai minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva, il rimando alle vigenti tabelle ministeriali. Occorre, comunque, chiarire che il costo del personale è da considerarsi complessivo di oneri contributivi e assistenziali;
- specificare, con riferimento all'art. 105, che l'ambito della responsabilità solidale dell'aggiudicatario opera nei confronti dei soli dipendenti impiegati per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto.

ASPETTI FISCALI

Dall'esame del testo trasmesso, in materia fiscale si rileva quanto segue.

Art.80 (Motivi di esclusione)

- ✓ al **comma 3**, è stata **accolta, secondo le nostre indicazioni, la definizione di “violazioni definitivamente accertate”** (che escludono dalla partecipazione alla gara l'operatore economico), intendendosi per tali **“quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione”**;
- ✓ al **comma 5, non** è stata **accolta** la nostra osservazione sulla possibilità di esclusione dalla gara di un'impresa partecipante, in qualsiasi momento nel corso della procedura, per atti (anche in materia fiscale) posti in essere prima o nel corso della procedura stessa.

Sul tema avevamo espresso riserve sugli effetti di un'estensione dell'ambito applicativo delle *“cause di esclusione”* anche ad un momento successivo all'ammissione alla procedura. Tale facoltà rimessa alle stazioni appaltanti, per l'intera durata della procedura stessa, potrebbe non favorire quelle imprese che *“medio tempore”* si trovano a fare i conti con una pretesa tributaria divenuta definitiva nel corso della gara.

Art. 86 (Mezzi di prova)

- ✓ al **comma 2 non** sono state **accolte** le modifiche emendative proposte in materia di adempimenti volti all'attestazione della *“regolarità fiscale”* dell'impresa concorrente ai fini della partecipazione alla gara d'appalto.

In un'ottica di semplificazione, la nostra proposta emendativa era, invece, tesa al mantenimento del regime attualmente in vigore, in base al quale è la stessa impresa interessata a dover attestare la propria *“regolarità fiscale”*, presentando alla Stazione appaltante una dichiarazione sostitutiva, resa in conformità alle disposizioni contenute nel D.P.R. 445/2000 (art.38, co.2, D.Lgs. 163/2006) e non già, come previsto nella bozza di provvedimento in esame, tramite apposita certificazione da richiedere all'amministrazione fiscale competente.

SALUTE E SICUREZZA NEI LUOGHI DI LAVORO

Con riferimento alla materia della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro si fa presente che la bozza del nuovo codice degli appalti pubblici, uscita dal Consiglio dei Ministri in data 3 marzo, **ha dato, su richiesta di Ance, sistematicità ed omogeneità alle norme**, raccordando alcune disposizioni contenute nel medesimo testo con quelle del Decreto Legislativo 9 aprile 2008, n. 81, nel seguito Testo unico Sicurezza.

La questione inerente gli **“oneri aziendali della sicurezza”** è un esempio di questo necessario coordinamento, poiché individua un insieme di adempimenti i cui contenuti devono determinarsi in forza della contemporanea lettura delle diverse fonti, ossia il codice degli appalti ed il Testo unico Sicurezza.

Nel testo, su richiesta di Ance, sono state sostituite, in diversi articoli, la parola **“oneri”**, con la parola **“costi”**. La modifica, apparentemente formale, è invece di natura sostanziale: è stato finalmente chiarito che con la parola costi, si intendono quelli quantificati direttamente dalla stazione appaltante nel bando di gara, con indicazione di non assoggettabilità al ribasso d’asta, secondo quanto riportato al punto 4 dell’allegato XV del Testo Unico Sicurezza. Con la parola oneri si intendono invece quelli che l’impresa deve sostenere per la gestione del rischio aziendale, a prescindere dall’esecuzione dei singoli contratti d’appalto, e riguardano adempimenti obbligatori in virtù della normativa vigente (spesso vengono definiti, in dottrina e giurisprudenza, anche costi *ex lege*, costi propri, costi da rischio specifico dell’impresa).

Fino ad oggi i termini **“oneri”** e **“costi”** venivano utilizzati indistintamente, generando spesso confusione, soprattutto nell’applicazione delle relative disposizioni. Il nuovo codice degli appalti fa chiarezza in tal senso, attraverso le disposizioni contenute negli articoli 1, comma 2, lettera f), 80, comma 5, lettera a), 97, comma 2, lettera g), 105, comma 14.

Dalla lettura del testo emerge che il legislatore **ha recepito** il principio, già riportato nel Decreto Legislativo n. 163/2006, secondo cui, tra le cause di esclusione, degli operatori economici, dalla partecipazione a una procedura d’appalto, è **necessario considerare le gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro**.

Tra gli emendamenti non recepiti va evidenziata la proposta di modifica della norma che disciplina l’indicazione da parte degli operatori economici dei propri oneri aziendali in sede di offerta economica. Nell’attuale bozza non si evince che la **congruità** degli oneri aziendali della sicurezza costituisce un **elemento di verifica nell’ambito della valutazione dell’anomalia dell’offerta**. **Tale proposta di emendamento, se vi sarà la possibilità, verrà ripresentata.**

Si evidenzia che **non sono state inserite le proposte** di emendamento relative all’inserimento di **articoli aggiuntivi sui piani di sicurezza** e coordinamento e sulla

relativa **stima dei costi**. Tali aspetti non sono disciplinati nel Testo unico Sicurezza e il mancato inserimento degli articoli nel nuovo codice appalti comporterebbe la perdita di importanti previsioni legislative.

In particolare si segnalano le seguenti proposte:

- inserimento di un articolo necessario a salvaguardare alcuni concetti espressi dal D. Lgs. n. 163/2006, concernenti i **documenti della sicurezza del cantiere**, anche al fine di coordinarli con quanto stabilito dal Testo unico Sicurezza. Inoltre con l'inserimento del nuovo articolo si salvaguarderebbe il principio secondo il quale i costi della sicurezza, derivanti dal piano di sicurezza e coordinamento, non sono soggetti a ribasso d'asta.
- inserimento di un articolo atto a reintegrare le previsioni contenute nel D. Lgs. n.163/2006 che stabiliscono che, entro trenta giorni dall'aggiudicazione, e comunque prima della consegna dei lavori l'appaltatore possa presentare **proposte integrative del piano di sicurezza e di coordinamento** quando quest'ultimo sia previsto ai sensi del Testo unico Sicurezza e rediga, un **piano di sicurezza sostitutivo** del piano di sicurezza e di coordinamento quando quest'ultimo non sia previsto ai sensi del Testo unico Sicurezza medesimo.
- inserimento di un articolo volto a valorizzare la **pianificazione della sicurezza e la relativa stima dei costi sin dalla fase di progettazione dell'opera**.

Le suddette proposte di emendamento, se vi sarà la possibilità, dovranno essere ripresentate.

CONCESSIONI E FINANZA DI PROGETTO

Lo Schema di Decreto Legislativo relativo al nuovo Codice degli appalti, in attuazione dei criteri specifici dettati dalla Legge delega 28 gennaio 2016 n. 11, disciplina in modo unitario le concessioni di lavori, servizi e forniture, ponendo l'accento, in particolare, sul concetto di "**rischio operativo**", inteso come rischio di esposizione alle fluttuazioni del mercato, che possono derivare da un rischio sul lato della domanda e su quello dell'offerta e che comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati o i costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi.

Tale rischio, che deve essere sempre allocato in capo al soggetto concessionario, rappresenta l'elemento distintivo dell'istituto giuridico della concessione rispetto a quello dell'appalto.

Rispetto ai profili sui quali l'Ance è intervenuta, si rileva quanto segue:

Art.165 (Concessioni)

- ✓ **al comma 3**, in tema di bancabilità, risulta inserito un **periodo di 12 mesi entro il quale deve essere perfezionato il contratto di finanziamento pena la risoluzione del contratto di concessione.**

La modifica appare positiva rispetto alle prime bozze circolate che prevedevano la contestuale sottoscrizione del contratto di concessione e il perfezionamento del contratto di finanziamento. La definizione del contratto di finanziamento presuppone, infatti, un quadro di certezze amministrative e/o progettuali che non è possibile garantire al momento della stipula del contratto di concessione.

Si fa notare che nella normativa vigente (comma 3-quater dell'art. 144 del D.Lgs 163/2006) la sottoscrizione del contratto di finanziamento deve avvenire entro un termine massimo di 24 mesi dalla data di approvazione del progetto definitivo, pena la risoluzione del contratto. Nella bozza in commento, tale disposizione risulta presente, al comma 5 dell'art. 165, esclusivamente per la sottoscrizione o collocamento delle obbligazioni di progetto. In caso di risoluzione del contratto resta il mancato rimborso dei costi sostenuti dal concessionario per la Fase di Progettazione.

Risultano, invece, confermate, come da richiesta Ance, le norme attualmente in vigore all'art. 144 commi 3-bis, 3-ter del D.Lgs 163/2006, relative a misure volte a favorire la bancabilità delle operazioni.

Art.183 (Finanza di progetto)

- ✓ **Al comma 15**, ristabilisce, come da richiesta Ance, il **diritto di prelazione nella procedura di presentazione di proposte di investimento per interventi non inseriti nella programmazione delle Amministrazioni Pubbliche (ex. Comma 19)**.

In questo modo risultano ripristinate le condizioni per la funzionalità della procedura di presentazione di proposte di investimento per interventi non inseriti nella programmazione delle Amministrazioni Pubbliche.

Art. 184 (Società di progetto)

- ✓ **Al comma 3**, è stata accolta la richiesta Ance di eliminare l'obbligo per i soci qualificanti di permanenza alla SPV per dieci anni dalla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera.

Infatti, costringere il socio che ha garantito la qualifica necessaria alla realizzazione dell'opera a sopportare anche il rischio di gestione appare del tutto contrario alla logica propria del PPP, che dovrebbe orientare il rischio verso il soggetto maggiormente in grado di gestirlo.

GARANZIE

La disciplina prevista in tema di **garanzie per la partecipazione alla procedura (art. 93)** e di **garanzie per l'esecuzione (art. 103)** ricalca quanto previsto nella normativa vigente.

Tuttavia, **nella garanzia definitiva si segnala la cancellazione**, rispetto all'attuale regime, **della riduzione del 50% dell'importo della garanzia, e del suo eventuale rinnovo, a vantaggio degli operatori economici dotati della certificazione del sistema di qualità** conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000, che permane, invece, per la garanzia provvisoria.

Si evidenzia, inoltre, la previsione per la garanzia provvisoria nei contratti di lavori, servizi e forniture di ulteriori riduzioni, anche cumulabili con la riduzione soprariportata, a favore di imprese dotate di ulteriori certificazioni relative all'efficienza ambientale (EMAS, UNI EN ISO 14001, UNI EN ISO 14061-1, UNI ISO/TS 14067).

Si tratta, presumibilmente, di un errore nella formulazione, dal momento che tale agevolazione tende a garantire principalmente la corretta esecuzione del contratto, attraverso l'intervento di imprese dotate di certificazioni di qualità. Peraltro, come detto, tale riduzione continua ad essere prevista per la garanzia provvisoria, che cessa i suoi effetti con la sottoscrizione del contratto, mentre le certificazioni ricordate riguardano, più propriamente, la successiva fase di esecuzione.

In considerazione dei rilevanti aumenti dei costi assicurativi che tale disposizione comporterebbe per le imprese, **appare necessario un intervento dell'Ance affinché le percentuali di riduzione dell'importo della garanzia, previste all'art. 93, comma 7, vengano estese anche alle garanzie per l'esecuzione e a quelle relative ai lavori di particolare valore .**

All'art. 104, lo schema di D.Lgs prevede una nuova disciplina per le **garanzie per l'esecuzione di lavori di particolare valore**, che sostituisce la cosiddetta "garanzia globale" di esecuzione, prevista nella normativa vigente (art. 113 del D.Lgs 163/2006).

Per gli affidamenti a contraente generale di qualunque ammontare e per **gli appalti di sola esecuzione di ammontare a base d'asta superiore a 100 milioni** di euro, la norma prevede due diverse garanzie, rilasciate contestualmente:

1. **la cauzione definitiva**, pari al 5% dell'importo contrattuale, che permane fino alla conclusione dell'opera senza possibilità di svincolo, e copre gli eventuali inadempimenti di tutte le obbligazioni del contratto.
2. **la cauzione extracosti**, di natura accessoria, pari al 5% dell'importo contrattuale per un valore massimo del contratto di 100 milioni di euro, opera nei casi di risoluzione del contratto e copre il costo del nuovo affidamento in tutti i casi in cui l'affidatario viene meno e il maggior costo che viene praticato dal subentrante.

La disciplina, che dovrebbe consentire di superare le criticità riscontrate in questi anni nell'applicazione della garanzia globale di esecuzione, appare però eccessivamente onerosa per le imprese. **Sarebbe opportuno estendere le percentuali di riduzione dell'importo della garanzia, previste all'art. 93, comma 7, anche a questa fattispecie.**

Roma, 9 marzo 2016