

Direzione Legislazione Opere Pubbliche

con il contributo di:

Direzione Affari Economici e Centro Studi

Direzione Legislazione Mercato Privato

Direzione Relazioni Industriali

Fiscalità Edilizia

Tecnologie, Qualità e Sicurezza delle Costruzioni

NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

ANALISI DELLE PRINCIPALI NOVITÀ

APRILE 2016

SOMMARIO

INTRODUZIONE	6
PARTE I: AMBITO DI APPLICAZIONE, PRINCIPI, DISPOSIZIONI COMUNI ED ESCLUSIONI	7
Art. 1 – Oggetto dell’appalto e costi della sicurezza	7
Art. 5 – Affidamenti in house	7
Art. 20 – Opere pubbliche realizzate a spese del privato	8
Art. 22 – Dibattito Pubblico	9
Art. 23 – Livelli della Progettazione	10
Art. 26 – Verifica preventiva della progettazione	11
Art. 28 – Contratti Misti	12
Art. 30 – Principi per l’aggiudicazione e l’esecuzione di appalti e concessioni	12
Art. 32 – Fasi delle procedure di affidamento	13
PARTE II: CONTRATTI DI APPALTO PER LAVORI, SERVIZI E FORNITURE	13
Art. 35 – Anticipazione del corrispettivo	13
Art. 36 – Contratti sotto soglia	14
a. Procedure di affidamento ed esecuzione di lavori.....	14
b. Opere a scomputo.....	16
Art. 37- Aggregazioni e centralizzazione delle committenze	17
Art. 38 – Qualificazione delle stazioni appaltanti e centrali di committenza	19
Art. 42 – Conflitto di interesse	20
Art. 48 – Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici	21
Art. 50 – Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi	21
Art. 51 – Suddivisione in lotti	22
Art. 59 – Scelta delle procedure - Appalto integrato	23
Art. 62 – Procedura competitiva con negoziazione	23
Art. 64 – Dialogo competitivo	24
Art. 65 – Partenariati per l’innovazione	24
Artt. 77 e 78 – Commissione di aggiudicazione e albo dei componenti	24
Art. 80 – Motivi di esclusione	25

Art. 81 – Documentazione di gara	28
Art. 83 – Criteri di selezione e soccorso istruttorio	29
a. Criteri di selezione	29
b. Soccorso istruttorio	29
c. Sistema di premialità e penalità presso l'ANAC	30
Art. 84 – Sistema unico di qualificazione per lavori pubblici – SOA	31
a) I lavori d'importo pari o superiore a 20 milioni di euro	32
b) Le verifiche sulla funzionalità del sistema SOA	32
Art. 85 – Documento di gara unico europeo (DGUE)	33
Art. 86 – Mezzi di prova	34
Art. 89 – Avvalimento	35
Art. 91 – “Forcella”	36
Art. 93 – Garanzia provvisoria per la partecipazione alla procedura	36
Artt. 95 e 97 – Criteri di aggiudicazione dell'appalto – Prezzo più basso e criterio del miglior rapporto “qualità-prezzo” – Esclusione automatica delle offerte anomale	37
a. Criteri di aggiudicazione	37
b. OEPV e rating di legalità	39
c. Oneri aziendali della sicurezza	39
Artt. 103 e 104 - Garanzie per l'esecuzione	40
Art. 105 – Subappalto	40
a. Subappalto in generale	40
b. Nominativi dei subappaltatori in gara (comma 6)	41
c. Pagamento diretto ai subappaltatori (comma 13)	41
d. Obblighi retributivi e contributivi	42
e. La qualificazione attraverso i lavori subappaltati	43
f. Piani operativi di sicurezza	43
Art. 108 – Risoluzione	43
Art. 114 – Norme applicabili ai settori speciali	44
Art. 146 – Qualificazione nel settore dei Beni Culturali	44
Art. 147 – Livelli e contenuti di progettazione	45
Art. 148 – Affidamento dei contratti	45
Art. 151 – Sponsorizzazioni nei Beni Culturali	46
Art. 162 – Contratti secretati	46
Art. 163 – Somma urgenza e protezione civile	46
PARTE III : CONTRATTI DI CONCESSIONE	47

Artt. da 164 a 178 – Concessioni in generale	47
Art. 165 – Rischio ed equilibrio economico-finanziario delle concessioni	47
Art. 177 – Concessioni autostradali	48
PARTE IV: PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO E CONTRAENTE GENERALE	49
Art. 180 – Partenariato pubblico privato	49
Art. 192 – Albo “In house”	50
Artt. da 194 a 199 – Contraente Generale	50
PARTE VI: DISPOSIZIONI FINALI E TRANSITORIE	51
Art. 204 – Rito camerale	51
Art. 205 – Accordo bonario per i lavori	51
Art. 207 – Collegio consultivo tecnico	52
Art. 211 – Pareri di precontenzioso dell’ANAC	52
Art. 212 – Cabina di Regia	53
Art. 213 – Autorità nazionale anticorruzione	53
Artt. 216 e 217 – Ambito temporale di applicazione, regime transitorio e abrogazioni	54

INTRODUZIONE

In attuazione della legge delega n. 11/2016 è stato adottato **il decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016**, recante “Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”.

Il provvedimento costituisce **il nuovo Codice dei contratti pubblici per lavori, servizi e forniture**.

Il decreto è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 91 del 19 aprile 2016 – S.O. n. 10, ed è entrato in vigore il giorno stesso della pubblicazione.

Il Governo, in conformità alle diverse opzioni previste dalla legge delega, ha scelto la strada dell'adozione di un unico decreto legislativo. Il nuovo Codice, quindi, assicura, contemporaneamente, sia il corretto recepimento delle direttive UE, sia il riordino complessivo della normativa di settore.

Entro un anno dalla data di entrata in vigore del suddetto decreto, il Governo potrà adottare eventuali decreti correttivi.

La nuova disciplina **non prevede un regolamento di attuazione**.

Al contempo, il Regolamento 207/2010 verrà progressivamente abrogato. Al suo posto, saranno adottati **molteplici atti attuativi**, costituiti da linee guida Anac e decreti ministeriali, che definiranno la disciplina di dettaglio di molti e rilevanti istituti del codice.

Alle linee guida Anac, ad esempio, è attribuito il compito di regolamentare la qualificazione delle imprese e delle stazioni appaltanti, il sistema di rating reputazionale, gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria e la gestione dell'Albo dei commissari.

Gli atti attuativi non saranno emanati immediatamente. Per tale ragione, il nuovo Codice, prevede, rispetto alle prime bozze del testo circolate nei mesi scorsi, un periodo transitorio più articolato, al fine di assicurare un miglior passaggio tra le vecchie e le nuove regole.

In particolare, è prevista **l'ultra-vigenza di ampie parti del Regolamento 207/2010**, fino a quando non vedranno la luce i provvedimenti di attuazione sostitutivi. Questi ultimi, peraltro, dovranno effettuare una precisa ricognizione delle norme che intendono abrogare. **Alcune parti specifiche del Regolamento - e il previgente Codice - sono, invece, immediatamente abrogate**.

Va segnalato, infine, che, diversamente da quanto suggerito dal Consiglio di Stato nel relativo parere, il Codice nulla dice sulla natura giuridica delle linee guida Anac e sul relativo carattere vincolante.

Si allega una prima analisi delle **principali novità e/o criticità di interesse per il settore dei lavori pubblici**, con riserva di effettuare successivamente ulteriori approfondimenti di carattere tematico.

Le disposizioni sono analizzate in ordine di numerazione.

PARTE I: AMBITO DI APPLICAZIONE, PRINCIPI, DISPOSIZIONI COMUNI ED ESCLUSIONI

Art. 1 – Oggetto dell'appalto e costi della sicurezza

La disposizione in commento, al comma 2, ultimo periodo, chiarisce che "l'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione esecutiva, per l'esecuzione dei lavori e per i costi della sicurezza".

Valutazione associativa

Il nuovo Codice ha recepito in questo esclusivo passaggio l'istanza di ANCE di dare sistematicità ed omogeneità alle norme in materia di sicurezza, chiarendo che, con la parola costi della sicurezza, si intendono quelli quantificati dalla stazione appaltante e riportati al punto 4 dell'allegato XV del decreto legislativo n. 81/2008. Gli oneri, invece, sono quelli che l'impresa deve sostenere per la gestione del rischio aziendale e riguardano adempimenti obbligatori in virtù della normativa vigente.

Dalla lettura di alcuni articoli successivi emerge, invece, che non è stata mantenuta tale distinzione, utilizzando indifferentemente il termine costi ed il termine oneri. Il nuovo Codice poteva essere l'occasione per fare chiarezza tra gli operatori del settore.

Si fa poi presente che nel nuovo codice è venuto meno il principio secondo il quale i costi della sicurezza non sono soggetti a ribasso. La previsione è comunque contenuta nel D. Lgs. n. 81/08 e s.m.i..

Sarebbe stato opportuno mantenere anche nel codice appalti il criterio di non assoggettabilità a ribasso dei costi di sicurezza.

Art. 5 – Affidamenti in house

La disposizione contiene la disciplina degli affidamenti "in house", cioè dei contratti di appalto pubblico e concessione sottratti dall'ambito di applicazione del Codice.

Si tratta di una **novità rispetto alla previgente disciplina**, derivante da una disposizione delle nuove direttive comunitarie, che recepisce, con alcune significative innovazioni, i principi espressi dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea su tale tema.

In particolare, la norma elenca **le tre condizioni** in presenza delle quali un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore non deve applicare il Codice per l'affidamento di contratti pubblici ad una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, ossia:

- 1) l'esercizio, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice/ente aggiudicatore, sulla persona giuridica, di un **controllo analogo** a quello esercitato sui propri servizi (lett. a);
- 2) oltre **l'80% delle attività** della persona giuridica controllata è effettuato nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore (lett. b);
- 3) nella persona giuridica controllata **non deve esservi alcuna partecipazione diretta di capitali privati**, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei Trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata (lett.c).

Valutazione associativa

La presenza di capitale privato all'interno della società "in house" consente a soggetti privati di acquisire, in via diretta, lavori da utilizzare, poi, sul mercato, in concorrenza con altri operatori non beneficiari di affidamenti diretti. In tal modo, si rischia di produrre evidenti effetti distorsivi del mercato, compromettendo i principi di tutela della concorrenza e parità di trattamento.

A fronte, quindi, delle criticità connesse all'ingresso di capitale privato all'interno delle società "in house", risulta positivo che il Governo, in ultima battuta, abbia introdotto nel testo dell'articolo la specificazione che le forme di partecipazione di capitali privati ammesse debbano essere prescritte da norme di legge.

Tale integrazione, recependo le osservazioni poste dal Consiglio di Stato, riallinea la disciplina codicistica a quanto previsto, in via obbligatoria, dalle direttive comunitarie (art. 12, par 1 lett c) Dir 24/2016).

Tuttavia, è scomparso l'ulteriore requisito, previsto dalla normativa comunitaria, secondo cui la partecipazione privata non deve altresì comportare un potere di veto o di controllo sulla persona giuridica controllata.

Art. 20 – Opere pubbliche realizzate a spese del privato

L'art. 20 del Codice disciplina una fattispecie non regolata dal D.lgs. 163/2006, e cioè la realizzazione di opere pubbliche a "totale cura e spesa" di soggetti privati.

Il Codice non trova applicazione nel caso in cui un'amministrazione pubblica stipuli una convenzione con la quale un soggetto pubblico o privato si impegni alla realizzazione, a sua totale cura e spesa e previo ottenimento di tutte le necessarie autorizzazioni, di un'opera pubblica o di un suo lotto funzionale o di una parte dell'opera prevista nell'ambito di strumenti o programmi urbanistici.

La disposizione subordina l'esclusione dal regime pubblicistico alle seguenti condizioni:

- i soggetti privati non si trovino nelle condizioni elencate dall'art. 80 del Codice in tema di "motivi di esclusione" dalla partecipazione a procedure d'appalto o concessione (es. sentenza penale di condanna per reati di associazione per delinquere, anche di tipo mafioso, terrorismo, riciclaggio di proventi di attività criminose, ma anche violazioni gravi degli obblighi di pagamento di imposte, tasse e contributi previdenziali ovvero in stato di fallimento, concordato preventivo, ecc.);
- l'amministrazione, prima della stipula della convenzione, valuti che il progetto di fattibilità delle opere da eseguire con l'indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate e lo schema dei relativi contratti di appalto presentati dalla controparte siano rispondenti alla realizzazione delle opere pubbliche;
- la convenzione disciplini anche le conseguenze in caso di inadempimento comprese anche eventuali penali e poteri sostitutivi.

Valutazione associativa

Positiva in un'ottica di regolazione di fattispecie fino ad ora prive di copertura legislativa, ma di sempre più frequente diffusione soprattutto nell'attuazione dei processi di trasformazione urbana, fermi restando i possibili problemi di compatibilità con la normativa comunitaria per effetto della Sentenza della Corte di Giustizia UE 12 luglio 2001 in tema di opere a scomputo.

Art. 22 – Dibattito Pubblico

Il dibattito pubblico per la realizzazione delle opere infrastrutturali è collocato negli articoli dedicati alla fase di programmazione dei contratti pubblici e progettazione (artt. 21-27), che apportano innovazioni particolarmente rilevanti ai fini dell'affidamento e della messa a gara dei progetti.

In particolare, l'articolo 22, al comma 1, prevede, a favore di una maggiore trasparenza, che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori debbano provvedere, nel proprio profilo committente, alla pubblicazione dei progetti di fattibilità relativi ai grandi progetti infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto su ambiente, città o territorio, nonché degli esiti della consultazione pubblica comprensivi dei resoconti degli incontri con i portatori di interesse.

Lo stesso articolo prevede, ai commi 2 e seguenti, che con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottarsi entro un anno dalla data di entrata in vigore del nuovo Codice, sono fissati i criteri per l'individuazione delle grandi opere suddette, per le quali è obbligatorio il ricorso alla procedura di dibattito pubblico. Nello stesso provvedimento sono altresì definite le modalità di svolgimento e il termine di conclusione della medesima procedura.

Gli esiti del dibattito pubblico e le osservazioni raccolte sono valutati in sede di predisposizione del progetto definitivo e sono discusse in sede di conferenze di servizi relative all'opera sottoposta al dibattito pubblico.

Valutazione associativa

Positiva, in un'ottica di deflazione del contenzioso e, quindi, di accelerazione nella realizzazione delle opere che servono all'ammodernamento del Paese.

Art. 23 – Livelli della Progettazione

Nel caso di appalti e concessioni di lavori, l'articolo 23 prevede un'articolazione su 3 livelli di progettazione:

1. **progetto di fattibilità tecnica ed economica,**
2. **progetto definitivo;**
3. **progetto esecutivo.**

La nuova denominazione utilizzata per il primo livello di progettazione sostituisce la progettazione preliminare, prevista nella precedente disciplina.

Per quanto riguarda la progettazione definitiva ed esecutiva, la disposizione prevede che debbano essere svolte preferibilmente dal medesimo soggetto, al fine di garantire una complessiva omogeneità e coerenza della progettazione (comma 12).

Inoltre, al comma 1, lettera c), viene previsto che la progettazione in materia di lavori pubblici, sin dalla fase di fattibilità tecnica ed economica, assicuri il rispetto di quanto previsto dalla normativa in materia di tutela della salute e sicurezza.

L'inserimento di tale principio valorizza la materia della salute e sicurezza in tutti i tre livelli di progettazione. ANCE ha più volte sostenuto la necessità di valorizzare nel testo la pianificazione della sicurezza, sin dalle prime fasi della progettazione.

Al fine di dare un maggiore contenuto ai tre livelli progettuali, viene prevista, poi, la successiva adozione di un decreto del Ministero delle infrastrutture, con riferimento al quale, tuttavia, manca qualsiasi termine (comma 3); nelle more della sua adozione continueranno ad applicarsi le pertinenti disposizioni del D.P.R. 207/2010 (*cf.* analisi dell'art. 216).

Il progetto esecutivo deve essere, altresì, corredato da apposito piano di manutenzione dell'opera e delle sue parti in relazione al ciclo di vita, secondo quanto previsto dalla legge delega (comma 8).

Viene inoltre chiarito che gli oneri inerenti la progettazione, e tutti gli altri servizi di ingegneria connessi, inclusi i piani di sicurezza e di coordinamento (quando previsti) e il collaudo, possono essere fatti gravare sulle disponibilità finanziarie della stazione appaltante cui accede la progettazione medesima (comma 11).

Inoltre, con particolare riferimento alle nuove opere e agli interventi di recupero e riqualificazione o varianti, che riguardino prioritariamente lavori complessi, è previsto che le stazioni appaltanti possano richiedere il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici, quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture, nell'ambito dei quali è incluso anche l'uso del **Building Information Modeling - BIM** (comma 13). Tale uso può essere richiesto soltanto dalle stazioni appaltanti dotate di personale adeguatamente formato.

Anche in questo caso, per le modalità ed i tempi di progressiva introduzione dell'obbligatorietà dei suddetti metodi, è fatto rinvio ad un apposito decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, da emanarsi entro il 31 luglio 2016. L'obbligatorietà sarà valutata in relazione alla tipologia delle opere e alla strategia di digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche e del settore delle costruzioni.

In ogni caso, l'utilizzo di dette metodologie costituisce elemento premiante ai fini della qualificazione della stazione appaltante (comma 13, con riferimento all'art. 38).

Infine, al comma 16 dell'art. 23, è stata introdotta la previsione in virtù della quale il **costo del lavoro** per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture è determinato, annualmente, in apposite tabelle dal Ministero del Lavoro sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. Tale previsione, come noto, già esistente nel vecchio Codice, è divenuta operativa solo di recente per il settore dell'edilizia con l'approvazione delle relative tabelle da parte del Ministero del lavoro.

Lo stesso richiamo è stato confermato anche all'art. 97 in tema di offerte anormalmente basse, nel quale viene statuita l'esclusione dell'offerta considerata anormalmente bassa in quanto il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicate nelle apposite tabelle di cui all'art. 23 (le Tabelle ministeriali).

Valutazione associativa

Positiva per quanto concerne il BIM. Tali strumenti potranno contribuire significativamente al raggiungimento di livelli di progettazione e realizzazione sempre più elevati nelle opere pubbliche.

Il Codice, correttamente, prevede una graduale apertura del mercato a tali metodi che, al momento, non sono generalmente diffusi tra gli operatori, legandola alla strategia di digitalizzazione delle amministrazioni e del settore delle costruzioni. Pertanto i nuovi metodi, in via immediata, avranno solo carattere volontario e sperimentale, e potranno essere adottati esclusivamente dalle stazioni appaltanti dotate di personale adeguatamente formato e potranno riguardare, prioritariamente, solo i lavori complessi.

Appare, inoltre, senza dubbio positivo l'inserimento della tutela della salute e sicurezza in tutti i livelli di progettazione. Sarebbe stato utile mantenere il principio espresso dal decreto legislativo n. 163/2006 secondo cui anche la stima dei costi della sicurezza deve essere effettuata su tutti i tre livelli di progettazione.

Art. 26 – Verifica preventiva della progettazione

L'articolo 26, al comma 4, lettera g) inserisce la sicurezza delle maestranze e degli utilizzatori tra i punti oggetto della verifica preventiva della progettazione.

Valutazione associativa

Sostanzialmente positiva. La verifica degli elaborati sotto il profilo della sicurezza potrà garantire l'elaborazione di un piano di sicurezza e coordinamento (e della relativa stima dei costi della sicurezza) con contenuti aderenti all'allegato XV del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81.

Art. 28 – Contratti Misti

La disposizione disciplina le modalità di affidamento, nei settori ordinari e speciali, dei contratti misti, cioè dei contratti aventi ad oggetto due o più tipi di appalto, tra lavori, servizi e forniture.

Valutazione associativa

Positiva, laddove viene ripristinata, anche su istanza dell'ANCE, la previsione, presente nel D.lgs. 163/2006, che garantisce il possesso di una adeguata qualificazione da parte dell'operatore economico per ciascuna delle prestazioni oggetto del contratto, compresi i lavori, a prescindere dal relativo importo.

Art. 30 – Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni

a) Applicazione del contratto collettivo al personale impiegato negli appalti di lavori e nelle concessioni.

Come richiesto dall'ANCE è stato specificato, al comma 4, il richiamo al contratto collettivo nazionale e territoriale stipulato dalle associazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative e il cui ambito di applicazione è strettamente connesso con l'attività, oggetto dell'appalto o della concessione, svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.

Valutazione associativa

Positiva Si considera tale previsione di estrema importanza, e frutto dell'azione svolta dall'ANCE, per eliminare quei fenomeni elusivi della leale concorrenza che si sostanziano nell'applicazione di contratti collettivi diversi da quello dell'edilizia, apparentemente più vantaggiosi dal punto di vista economico per le imprese

b) Intervento sostitutivo della stazione appaltante

Nello stesso articolo è stato introdotto, al comma 5, l'istituto dell'intervento sostitutivo della stazione appaltante, fino ad oggi contenuto all'interno del Regolamento di attuazione del Codice (D.P.R. n. 207/2010), in caso di inadempienze contributive risultanti dal Durc, nei confronti del personale dipendente dell'affidatario o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi di cui all'art. 105 (Subappalto), impiegato nell'esecuzione del contratto.

Come precedentemente stabilito dal D.P.R. n. 207/2010, nel caso di specie, la stazione appaltante tratterà dal certificato di pagamento l'importo delle inadempienze per operare successivamente i versamenti agli enti previdenziali e assicurativi, comprese le Casse Edili.

Al successivo comma 6, viene introdotto l'intervento sostitutivo della stazione appaltante per le inadempienze retributive del personale di cui al comma 5, fino ad ora contenuto nell'art. 5 del Regolamento (D.P.R. n. 207/2010).

Valutazione associativa

Positiva Si sottolinea l'importanza di tale istituto nello svolgimento degli appalti, soprattutto al fine di evitare, come accadeva nel passato, il blocco dei pagamenti a causa dell'irregolarità del subappaltatore.

Dovrà attendersi la circolare ministeriale esplicativa per poter verificare che l'operatività di tali norme, come si presume, coincida con quanto già esplicitato dal Ministero del Lavoro nel 2012.

Art. 32 – Fasi delle procedure di affidamento

Viene introdotta una innovazione terminologica nella definizione delle fasi di aggiudicazione.

In particolare, l'aggiudicazione provvisoria sembra assumere una nuova denominazione, ossia "proposta di aggiudicazione". Quest'ultima, una volta sottoposta alla verifica ai sensi dell'articolo 33, comma 1, assume la denominazione di "aggiudicazione" (che verosimilmente corrisponde alla vecchia aggiudicazione definitiva).

Infine, l'aggiudicazione diviene efficace dopo la verifica del possesso dei requisiti da parte dell'aggiudicatario.

Al di là della differenza nella terminologia usata, nella sostanza, le fasi per giungere all'aggiudicazione restano tre.

Valutazione associativa

Non viene superata, nella sostanza, l'attuale impostazione "trifasica" dell'aggiudicazione (provvisoria, definitiva e definitiva efficace), che allunga i tempi di affidamento del contratto, ripristinando un'impostazione "bifasica" (provvisoria e definitiva).

PARTE II: CONTRATTI DI APPALTO PER LAVORI, SERVIZI E FORNITURE

Art. 35 – Anticipazione del corrispettivo

Il comma 18 della disposizione introduce, a regime, l'istituto dell'anticipazione del corrispettivo pari al **20% sul valore stimato dell'appalto**.

L'anticipazione deve essere corrisposta entro 15 giorni dall'effettivo inizio dei lavori, previa costituzione di idonea garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa, e viene recuperata progressivamente da parte della stazione appaltante.

L'appaltatore decade dall'anticipazione, con obbligo di restituzione, se l'esecuzione dei lavori non procede, per ritardi a lui imputabili, secondo i tempi contrattuali. Sulle somme restituite sono dovuti gli interessi legali con decorrenza dalla data di erogazione dell'anticipazione.

Valutazione associativa

Positiva. L'introduzione a regime dell'anticipazione, fortemente auspicata dall'ANCE, consente alle imprese di disporre delle risorse finanziarie necessarie a dare avvio al cantiere e di onorare puntualmente i propri impegni nei confronti dei dipendenti e dei fornitori, ricorrendo solo in minima parte al difficile e costoso credito bancario.

Art. 36 – Contratti sotto soglia

a. Procedure di affidamento ed esecuzione di lavori

L'articolo 36 disciplina l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture "sotto soglia", cioè di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria.

La previsione in commento apporta notevoli cambiamenti rispetto a quella prevista dal D.lgs. n. 163/2006.

Viene, anzitutto, previsto che l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria avvengono:

- nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, rotazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità;
- in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle MPMI (microimprese, piccole e medie imprese).

Ciò posto, e fatta salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori di importo inferiore alle soglie secondo modalità differenziate per classi di importo, come riportato nello schema seguente:

LAVORI

Importo del contratto (in euro)	Modalità di affidamento
inferiore a 40.000	Affidamento diretto, adeguatamente motivato o per i lavori in amministrazione diretta
pari o superiore a 40.000 e inferiore a 150.000	Affidamento mediante procedura negoziata, previa consultazione, ove esistenti, di almeno 5 operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, con rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura negoziata previa consultazione di cui sopra
pari o superiore a 150.000 e inferiore a 1 milione	Affidamento mediante procedura negoziata, con consultazione di almeno 10 operatori economici, ove esistenti, con rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici (per tutti i lavori)
pari o superiore a 1 milione	Affidamento mediante procedure ordinarie

Il nuovo Codice non prevede una norma che, sulla falsariga dell'art. 122 del D.lgs. 163/2006, individua quali disposizioni e quali principi dettati per il sopra soglia risultavano non derogabili anche per i contratti di importo sotto soglia.

Inoltre, è venuta meno la procedura ristretta semplificata, di cui all'articolo 123 del previgente Codice.

Il comma 5 della norma in commento, poi, prevede che, ai fini dell'aggiudicazione degli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro o di importo compreso fra 40.000 e 150.000 euro, le stazioni appaltanti verificano esclusivamente i requisiti di carattere generale mediante **consultazione della Banca dati nazionale degli operatori economici**. Le stazioni appaltanti devono verificare il possesso dei requisiti economico finanziari e tecnico professionali richiesti nella lettera di invito o nel bando di gara.

Nel caso in cui la stazione appaltante abbia fatto ricorso alle procedure negoziate, il comma 6 prevede che **la verifica dei requisiti** ai fini della stipula del contratto **debba avvenire esclusivamente sull'aggiudicatario**, sebbene la stazione appaltante possa estendere le verifiche anche agli altri partecipanti.

Il medesimo comma stabilisce, altresì, che per lo svolgimento di tutte le procedure di cui all'art. 36 le stazioni appaltanti possono procedere attraverso **un mercato elettronico** che consenta acquisti telematici basati su un sistema che attua procedure di scelta del contraente con modalità elettroniche; a tal fine, il Ministero

dell'economia e delle finanze, avvalendosi di Consip, mette a disposizione delle stazioni appaltanti il mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni.

Il comma 7 prevede, peraltro, che sarà l'ANAC, con proprie linee guida da adottare entro novanta giorni dall'entrata in vigore del Codice, a stabilire la disciplina attuativa per tale tipologia di appalti, individuando le modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure, delle indagini di mercato e per gestire gli elenchi degli operatori economici.

Fino all'entrata in vigore di dette linee guida, troverà applicazione l'art. 216, comma 9, del Codice, a norma del quale le indagini di mercato dovranno essere effettuate dalle stazioni appaltanti mediante avviso pubblico sul profilo del committente per un periodo non inferiore a quindici giorni, specificando i requisiti minimi dei soggetti che si intendono invitare, ovvero mediante selezione dai vigenti elenchi di operatori economici utilizzati dalle stazioni appaltanti, se compatibili con il Codice.

Il comma 8, analogamente alla previsione contenuta nell'art. 238, comma 7, del previgente D.lgs. 163/2006, prevede che le **imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi** per gli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia, rientranti **nell'ambito dei settori speciali, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti**, la quale, comunque, deve essere conforme ai principi dettati dal Trattato UE a tutela della concorrenza.

Valutazione associativa

La norma non appare pienamente in linea con i criteri di delega previsti dalla legge 11/2016. In particolare, al comma 1, lettera q), della suddetta legge, al fine di concorrere alla lotta alla corruzione, di evitare i conflitti di interesse e di favorire la trasparenza nel settore degli appalti pubblici, viene prevista la necessità, in sede di scrittura del decreto legislativo, di “individuare espressamente i casi nei quali, in via eccezionale, è possibile ricorrere alla procedura negoziata senza precedente pubblicazione di un bando di gara”.

La ratio di tale previsione risponde alla natura “fiduciaria” della stessa procedura, che non favorisce la concorrenza ed il mercato, poiché riservata ad un numero limitato di operatori. Per tali motivi, anche a livello comunitario, è limitata ad ipotesi eccezionali.

Pertanto, il criterio di delega non appare rispettato nell'attuale previsione del comma 2 dell'art. 36 del nuovo Codice, nella parte in cui generalizza la possibilità per la stazione appaltante di ricorrere a tale procedura.

Negativa anche l'eliminazione della procedura ristretta semplificata, in quanto strumento agevole, trasparente e accompagnato da idonee garanzie procedurali.

b. Opere a scomputo

L'art. 36 del Codice contiene anche le norme sulla realizzazione **delle opere a scomputo di importo inferiore alla soglia comunitaria** prevedendo che:

- si applica la procedura ordinaria con pubblicazione di avviso o bando di gara (comma 3). Si evidenzia che la norma è il risultato di una espressa condizione contenuta in entrambi i pareri di Camera e Senato, mentre nei testi antecedenti

si prevedeva, su specifica proposta dell'ANCE e in continuità con il D.lgs. 163/2006, la *“procedura negoziata senza pubblicazione, previa consultazione di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti”*;

- per le opere di urbanizzazione primaria (di importo inferiore alla soglia comunitaria) funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio è confermata l'applicazione dell'art. 16, comma 2-bis del Dpr 380/2001 “Testo Unico Edilizia” e cioè l'esecuzione diretta da parte del titolare del permesso di costruire (comma 4).

Per le **opere “a scomputo” sopra soglia**, l'art. 1, comma 2, lett. e) del Codice riproduce in larga parte i contenuti dell'art. 32, comma 1, lett. g) del D.lgs. 163/2006 e disciplina il regime di realizzazione delle opere a scomputo di importo pari o superiore alla soglia comunitaria (art. 35: attualmente pari a 5.225.000 milioni/€), alle quali continuano a trovare applicazione le procedure ordinarie di gara.

Il comma 3 dell'art. 1 specifica che:

- ai soggetti che realizzano opere di urbanizzazione a scomputo non si applicano le norme in tema di programmazione dei lavori pubblici (art. 21), di avvisi di preinformazione (art. 70) e di incentivi per funzioni tecniche (art. 113);
- in relazione alla fase di esecuzione del contratto, si applicano esclusivamente le norme che disciplinano il collaudo.

Valutazione associativa

Negativa, per la previsione, introdotta a seguito della richiesta del Parlamento, in base alla quale anche per le opere a scomputo di importo inferiore alla soglia comunitaria trovano applicazione le procedure ordinarie di gara.

Art. 37- Aggregazioni e centralizzazione delle committenze

Gli articoli 37 e 38 delineano il nuovo sistema di aggregazione delle committenze e della correlata qualificazione delle stazioni appaltanti.

Anzitutto, l'art. 37 prevede, al comma 1, modalità differenziate di acquisto di (beni, servizi e lavori pubblici) a seconda delle classi di importo degli affidamenti e del possesso, da parte delle stazioni appaltanti, della qualificazione disciplinata dal successivo art. 38, così schematizzabili:

Stazione appaltante non qualificata <i>LAVORI</i>	
Importo del contratto (in euro)	Modalità di acquisizione
inferiore a 150.000	La stazione appaltante può procedere direttamente e autonomamente, nonché attraverso l'effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza (art. 37, co. 1, primo periodo)
pari o superiore a 150.000	La Stazione appaltante deve ricorrere a una centrale di committenza o procedere mediante aggregazione con una o più stazioni appaltanti aventi la necessaria qualifica (art. 37, co. 3)
Stazione appaltante qualificata <i>LAVORI</i>	
Importo del contratto (in euro)	Modalità di acquisizione
inferiore a 150.000	La Stazione appaltante qualificata può procedere direttamente e autonomamente, nonché attraverso l'effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza (art. 37, co. 1, primo periodo)
superiore a 150.000 e inferiore a 1 milione (solo per lavori di manutenzione ordinaria)**	La Stazione appaltante qualificata procede mediante ricorso autonomo agli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate (art. 37, co. 2, primo periodo). In caso di indisponibilità di tali strumenti anche in relazione alle singole categorie merceologiche, le stazioni appaltanti: - procedono mediante lo svolgimento di procedura ordinaria (art. 37, co. 2, secondo periodo); oppure ricorrono a una centrale di committenza o si aggregano con una o più stazioni appaltanti aventi la necessaria qualifica (art. 37, co. 2, secondo periodo)
Qualsiasi	La Stazione appaltante qualificata può procedere autonomamente o ricorrere ad una centrale di committenza qualificata ai sensi dell'articolo 38 (art. 37, co. 6)

** la norma, forse per un refuso, non prevede il regime ordinario dei lavori d'importo esattamente pari a 150.000 euro

Il comma 4, riprendendo in parte la disciplina contenuta nel previgente D.lgs. n. 163/2006, stabilisce che, se la stazione appaltante è un **comune non capoluogo di provincia**, ferma restando le previsioni sopra illustrate, procede secondo una delle seguenti modalità:

- ricorrendo a una centrale di committenza o a soggetti aggregatori qualificati;
- mediante unioni di comuni costituite e qualificate come centrali di committenza, ovvero associandosi o consorziandosi in centrali di committenza nelle forme previste dall'ordinamento;
- ricorrendo alla stazione unica appaltante costituita presso gli enti di area vasta ai sensi della l. n. 56/2014 (recante "Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni.").

I criteri e le modalità per la costituzione delle centrali di committenza in forma di aggregazione di comuni non capoluogo di provincia, nonché l'individuazione degli ambiti territoriali di riferimento, sono demandati dal comma 5 ad un apposito DPCM, da adottare entro sei mesi dall'entrata in vigore del Codice.

La disposizione prevede, altresì, che, **nelle more dell'adozione del suddetto decreto**, si applichi l'art. 216, comma 10 - in base al quale, fino all'entrata in vigore del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, **i requisiti di qualificazione sono soddisfatti dalle stazioni appaltanti mediante l'iscrizione all'Anagrafe delle stazioni appaltanti** (al riguardo, v. commento *sub* art. 38).

Sul punto, occorre rilevare che la formulazione del comma 5, in combinato disposto con la norma transitoria relativa all'operatività del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, presentano alcuni problemi di coordinamento.

Non è chiaro, infatti, se, fino all'adozione del suddetto DPCM, il comma 4 della disposizione in commento sarà o meno operativo.

Di particolare rilievo è, poi, la previsione del comma 7, che individua compiutamente i compiti delle centrali di committenza, stabilendo che possono:

- aggiudicare appalti, stipulare ed eseguire contratti per conto delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori;
- stipulare accordi quadro ai quali le stazioni appaltanti possono ricorrere per l'aggiudicazione dei propri appalti;
- gestire sistemi dinamici di acquisizione e mercati elettronici.

Valutazione associativa

Sostanzialmente positiva.

Art. 38 – Qualificazione delle stazioni appaltanti e centrali di committenza

Con la disposizione in commento viene introdotto un sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, comprese le centrali di committenza, gestito dall'ANAC e basato sull'accertamento quinquennale di requisiti (di base e premianti) afferenti la qualità, l'efficienza e la professionalizzazione delle amministrazioni.

La previsione, che non si applica agli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici, prevede l'istituzione, presso l'ANAC, che ne assicura la pubblicità, di un apposito elenco delle stazioni appaltanti qualificate di cui fanno parte anche le centrali di committenza, nonché, di diritto, Consip, INVITALIA, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, compresi i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche, i soggetti aggregatori regionali.

La disciplina in commento non è, tuttavia, immediatamente efficace.

La sua attuazione è, infatti, demandata anzitutto ad un DPCM da adottare entro 90 giorni dall'entrata in vigore del Codice, che dovrà individuare i requisiti tecnico organizzativi per l'iscrizione nell'elenco, in applicazione dei criteri di qualità, efficienza e professionalizzazione, tra cui, per le centrali di committenza, il carattere di stabilità ed il relativo ambito territoriale, nonché le modalità attuative del sistema delle attestazioni di qualificazione e la data di entrata in vigore del nuovo sistema di qualificazione.

Inoltre, con un provvedimento *ad hoc* (per il quale non sono previsti termini di adozione) l'ANAC dovrà stabilire le modalità attuative del sistema di qualificazione, prevedendo anche un termine congruo per consentire alle stazioni appaltanti di dotarsi dei requisiti necessari alla qualificazione, nonché disciplinare la qualificazione con riserva. Al fine di rendere effettiva la qualificazione sono previste misure sanzionatorie e misure premiali.

Proprio **in ragione della differita operatività delle previsioni in commento**, l'art. 216, comma 10, del Codice prevede che, nelle more dell'entrata in vigore del sistema di qualificazione, **i requisiti di qualificazione sono soddisfatti dalle stazioni appaltanti mediante l'iscrizione all'Anagrafe delle stazioni appaltanti**, di cui all'articolo 33-ter del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179. La mancata ottemperanza a tale ultima disposizione comporta la nullità degli atti adottati e la responsabilità amministrativa e contabile dei funzionari responsabili.

Valutazione associativa

Positiva. Si segnala, tuttavia, la criticità dovuta allo slittamento del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, ove si consideri che, sin dall'entrata in vigore del Codice (19 aprile 2016), le stesse godranno di maggiori poteri discrezionali connessi soprattutto all'applicazione preferenziale del criterio di aggiudicazione all'OEPV basata sul miglior rapporto qualità/prezzo. Ciò tanto più che l'obbligo di nomina esterna dei commissari di gara viene escluso per gli appalti di importo sottosoglia o comunque, anche sopra soglia, agli appalti privi di particolare complessità (sic!) (cfr. oltre commento sub artt. 77 e 95).

Art. 42 – Conflitto di interesse

La disposizione introduce una disciplina innovativa in materia di conflitto di interessi. In particolare, si prevede che le amministrazioni aggiudicatrici/enti aggiudicatori dovranno assumere misure adeguate a prevenire e contrastare situazioni di conflitto di interesse nel corso delle procedure di gara, in modo da evitare fenomeni distorsivi della concorrenza e garantire la parità di trattamento tra gli operatori economici. Viene, poi, disciplinato il contenuto minimo della definizione di conflitto d'interessi.

Valutazione associativa

In generale, appare senza dubbio positiva ogni misura finalizzata a contrastare i fenomeni di corruzione e clientelismo nelle procedure di gara.

Art. 48 – Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici

La previsione in commento ricalca quella già prevista dall'art. 37 del D.lgs. n. 163/2006; peraltro, l'art. 216, recante le disposizioni transitorie, al comma 14 mantiene in vigore, fino all'entrata in vigore delle linee guida ANAC, e per quanto compatibili, le disposizioni della parte II, titolo III, del D.P.R. n. 207/2010. In queste ultime, rientra anche l'art. 92, contenente la disciplina relativa ai requisiti del concorrente singolo e di quelli riuniti.

Innovazione di rilievo è quella contenuta nel comma 19, con cui è stato recepito un consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale riguardante la modifica dei raggruppamenti.

La norma ammette, infatti, il recesso di una o più imprese del raggruppamento esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento, e sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori, servizi o forniture ancora da eseguire. In ogni caso, la modifica soggettiva non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara.

Anche l'ANAC, nel parere n. 44 del 27/03/2013, aveva già affermato espressamente tale principio, che è stato testualmente riprodotto nella disposizione in commento, precisando che *“la modificazione in riduzione del raggruppamento temporaneo non dà luogo a violazione della par condicio dei concorrenti, poiché non si tratta di introdurre nuovi soggetti in corso di procedura, ma solo di consentire a taluno degli associati o consorziati il recesso, sempreché la modifica in senso riduttivo avvenga per esigenze organizzative proprie dell'a.t.i. ovvero per vicende patologiche sopravvenute che colpiscono una delle imprese associate, e non invece per eludere la legge di gara ed evitare l'esclusione per difetto di un requisito di ammissione al momento della presentazione dell'offerta”*.

Valutazione associativa

Sostanzialmente positiva.

Art. 50 – Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi

Con il testo pubblicato, si è tornati alla versione iniziale. Infatti l'articolo, declinato in un unico comma, prevede che i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti possano specifiche clausole sociali per promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo inoltre l'applicazione da parte dell'aggiudicatario dei contratti collettivi di cui all'attuale D.Lgs. n. 81/2015 (per quanto riguarda il settore dell'edilizia, i contratti collettivi nazionale e territoriali stipulati dalle associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale).

Valutazione associativa

*Fermo restando quanto già rilevato con riferimento all'art. 30 circa la corretta applicazione dei contratti collettivi, esprimendo quindi parere favorevole, si ritiene congrua anche la scelta di prevedere l'introduzione **facoltativa**, e non obbligatoria nei bandi di gara delle clausole sociali, nel contemperamento delle diverse esigenze di settore e territorio.*

Art. 51 – Suddivisione in lotti

La disposizione conferma l'obbligo, previsto nel precedente Codice, per le stazioni appaltanti di suddividere l'appalto in lotti, fermo restando l'obbligo di motivare i casi di mancata suddivisione. Inoltre, viene introdotto, accanto alla nozione di lotto funzionale, già presente nella pregressa normativa, anche il nuovo concetto di lotto prestazionale.

In particolare, l'articolo 3, lett. qq) definisce come lotto funzionale *“uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata e autonoma procedura, ovvero parti di un lavoro o servizio generale la cui progettazione e realizzazione sia tale da assicurarne funzionalità, fruibilità e fattibilità, indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti”*.

Inoltre, alla lettera ggggg) dello stesso articolo 3, si definisce come lotto prestazionale *“uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata e autonoma procedura, definito su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e/o specializzazioni presenti o in conformità alle diverse fasi successive del progetto”*.

La disposizione rafforza anche il principio secondo il quale il valore degli appalti deve essere adeguato, in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione delle MPMI.

Infine, viene riproposto il generale divieto di aggregazione e di suddivisione artificiosa degli appalti, finalizzato ad eludere o ad alterare la corretta applicazione del Codice.

Alle amministrazioni, tuttavia, è attribuita la facoltà, laddove specificato nel bando di gara, di aggiudicare appalti che associano alcuni, o tutti i lotti, al medesimo offerente.

Valutazione associativa

La definizione di lotto si riferisce sia a singole parti dell'opera che presentino una funzionalità e fruibilità autonoma (lotto funzionale), sia a singole categorie e/o specializzazioni di lavori (lotto prestazionale).

Art. 59 – Scelta delle procedure - Appalto integrato

La disposizione individua le procedure di scelta del contraente (aperta, ristretta, competitiva con negoziazione, negoziata senza bando, dialogo competitivo e partenariato per l'innovazione) utilizzabili dalle stazioni appaltanti.

Inoltre, viene introdotto il nuovo principio secondo il quale gli **appalti relativi ai lavori devono essere affidati ponendo a base di gara il progetto esecutivo**, il cui contenuto deve garantire la rispondenza dell'opera ai requisiti di qualità predeterminati, e dare certezza del rispetto dei tempi e costi previsti.

La norma, infine, specifica che **è vietato l'affidamento congiunto delle attività di "progettazione ed esecuzione"**, ad esclusione dei casi di affidamento a contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico-privato e contratto di disponibilità.

In questo contesto, si consideri che anche il comma 13 dell'art. 28 sembra riferirsi agli appalti di progettazione ed esecuzione, nell'ambito dei contratti misti. In particolare, si prevede, con una formulazione poco chiara che richiama parzialmente il principio di delega, che le stazioni appaltanti possono ricorrere ai contratti misti del presente articolo solo nei casi in cui l'elemento tecnologico ed innovativo delle opere sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori, prevedendo la messa a gara del progetto esecutivo.

Valutazione associativa

Parzialmente positiva. Il Codice, infatti, non appare perfettamente in linea con le indicazioni della legge delega.

Quest'ultima, in linea con le istanze dell'ANCE, ha previsto, da un lato, l'eliminazione della possibilità di affidamento dei lavori su progetto preliminare e, dall'altro, una radicale limitazione dell'appalto integrato su progetto definitivo tenendo conto, in particolare, del contenuto innovativo o tecnologico delle opere in rapporto al valore complessivo dei lavori da realizzare e prevedendo di norma la messa a gara su progetto esecutivo (lett. oo della legge n.11/2016).

Il Codice, a ben vedere, da un lato, sancisce il divieto generale di appalto integrato – tralasciando di prevedere la possibilità di utilizzarlo in generale sul progetto definitivo per appalti aventi ad oggetto, le opere di particolare carattere innovativo o tecnologico – e, dall'altro, fa espressa eccezione per casi – tra i quali la concessione, o il contratto di disponibilità - che per lo più sono forme di partenariato.

Art. 62 – Procedura competitiva con negoziazione

La norma disciplina la nuova procedura competitiva con negoziazione, recependo l'articolo 29 della direttiva 2014/24/UE. Tale procedura sostituisce, di fatto, la precedente procedura negoziata previa pubblicazione del bando di gara, che scompare dal nuovo Codice.

L'articolo dispone che nelle procedure competitive con negoziazione qualsiasi operatore economico possa presentare una domanda di partecipazione in risposta a

un avviso di indizione di gara contenente le prescritte informazioni. Nei documenti di gara le amministrazioni aggiudicatrici individuano l'oggetto dell'appalto, fornendo una descrizione delle loro esigenze e le caratteristiche richieste per le forniture, i lavori o i servizi da appaltare, specificando i criteri per l'aggiudicazione dell'appalto e indicando, altresì, i requisiti minimi che tutti gli offerenti devono soddisfare.

Rispetto alla precedente “negoziata con bando”, viene ampliato il novero dei casi in cui essa può essere utilizzata dalle amministrazioni.

Infatti, oltre all'ipotesi di offerte tutte irregolari o inammissibili presentate in una precedente procedura, può essere attivata, ad esempio, nei casi di appalti che implicino progettazione o soluzioni innovative, laddove vi sia un'impossibilità di preventiva impostazione giuridica o finanziaria dei progetti, o anche in caso di assenza di soluzioni immediatamente disponibili.

Viene poi descritta puntualmente la c.d. fase di negoziazione, attraverso la quale può giungersi, in fasi successive, anche ad una riduzione del numero di offerte da negoziare. Inoltre, vengono previsti obblighi in materia di trasparenza e parità di trattamento.

Art. 64 – Dialogo competitivo

L'articolo 64 disciplina il dialogo competitivo, recependo l'articolo 30 della direttiva 2014/24/UE, e l'articolo 48 della direttiva 2014/25/UE, e modificando la disciplina contenuta nell'articolo 58 del d.lgs. 163/2006.

Il nuovo dialogo competitivo, come si evince dalla definizione contenuta all'articolo 3, lettera vvv) - non più limitata, come in passato, ai casi di appalti particolarmente complessi - è una procedura di affidamento nella quale la stazione appaltante avvia un dialogo con i candidati ammessi, al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati sono invitati a presentare le offerte; qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare a tale procedura, fornendo le informazioni richieste dalla stazione appaltante.

Art. 65 – Partenariati per l'innovazione

Attraverso il partenariato per l'innovazione, le amministrazioni potranno soddisfare l'esigenza di sviluppare prodotti, servizi e lavori innovativi, non disponibili sul mercato.

Artt. 77 e 78 – Commissione di aggiudicazione e albo dei componenti

Le disposizioni in esame regolano la composizione della commissione aggiudicatrice, da nominare nei casi di offerta economicamente più vantaggiosa.

In particolare, il comma 3, prevede che i commissari di gara siano scelti dalla stazione appaltante non tra i funzionari appartenenti alla stessa, come prevedeva il D.lgs. 163/2006, ma **mediante sorteggio pubblico, da una lista di candidati** - costituita da un numero di nominativi almeno doppio rispetto ai componenti da

nominare e comunicata dall'ANAC - **di esperti iscritti ad un apposito Albo istituito sempre presso l'ANAC.**

La stessa disposizione prevede poi la possibilità per la stazione appaltante di **derogare** al principio che impone il ricorso a commissari esterni, in alcuni specifici casi.

In particolare, è possibile nominare componenti interni alla stazione appaltante, in caso di affidamento di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria o per quelli che non presentano particolare complessità. Questi ultimi, peraltro, vengono individuati dalla stessa norma in quelli la cui procedura di gara venga svolta attraverso piattaforme telematiche di negoziazione di cui all'articolo 59.

Inoltre, Consip, Invitalia ed i soggetti aggregatori regionali (di cui all'art. 9 del DL n. 66/2014), possono ricorrere a soggetti iscritti in apposita sezione dell'Albo.

Infine, fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo (art. 78), la commissione giudicatrice continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto (art. 216 comma 12).

Valutazione associativa

Parzialmente positiva. Tale previsione non sembra attuare pienamente il criterio di delega fissato al comma 1, lettera hh), n. 2, che prevede, in via generale e senza alcuna eccezione in ragione della natura o della soglia d'importo degli appalti "l'assegnazione dei componenti alle commissioni giudicatrici mediante sorteggio pubblico da una lista di candidati indicati alle stazioni appaltanti in numero almeno doppio rispetto ai componenti da nominare o comunque nel rispetto del principio di rotazione".

Inoltre, sarebbe stato preferibile che il sorteggio dei commissari venisse effettuato direttamente dall'ANAC, in un'ottica di maggiore trasparenza e tutela della legalità.

La criticità è viepiù rilevante ove si consideri che, sin dall'entrata in vigore del Codice (19 aprile 2016), le stazioni appaltanti godranno di maggiori poteri discrezionali, connessi soprattutto all'applicazione preferenziale del criterio di aggiudicazione all'OEPV basata sul miglior rapporto qualità/prezzo, mentre non sarà immediatamente operativo il sistema di qualificazione delle stesse (cfr commento sub artt. 38 e 95), né l'Albo dei commissari presso l'ANAC.

Art. 80 – Motivi di esclusione

L'articolo 80 riguarda la disciplina dei motivi di esclusione dell'operatore economico dalle gare per appalti pubblici.

La disposizione recepisce l'art. 57 della dir. 2014/24/CE e, in particolare, rispetto alle attuali disposizioni previste dall'art. 38 del Codice degli appalti, integra il catalogo dei reati - e dei soggetti sottoposti a controllo - che determinano l'esclusione dalla gara dell'operatore economico, in caso di condanna definitiva (o patteggiamento) emessa nei confronti del titolare o altri specifici soggetti dell'impresa, dotati di poteri di rappresentanza, direzione e controllo (commi 1 e 3).

Permane, in ogni caso, la possibilità per l'operatore economico di ricorrere all'istituto della dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata in cui siano incorsi soggetti cessati dalle cariche (comma 3).

In questo contesto viene introdotto il nuovo istituto del **self-cleaning**, di derivazione comunitaria.

Con riferimento a quest'ultimo, nel caso in cui la pena detentiva inflitta non sia superiore a 18 mesi ovvero sia stata riconosciuta l'attenuante della collaborazione, l'operatore economico, o il subappaltatore, possono provvedere alla dimostrazione di essere affidabili, nonostante l'esistenza di motivi di esclusione (comma 7). La stazione appaltante deve motivare, con apposita comunicazione all'operatore economico, le ragioni per cui non ritiene sufficienti le misure adottate (comma 8).

Inoltre, è fissato un termine massimo di 5 anni nei casi in cui la sentenza di condanna definitiva non fissi la durata della pena accessoria dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione. In questi casi, la durata dell'incapacità è anticipata se nel frattempo è intervenuta riabilitazione e se la pena principale sia di durata inferiore, perché in tale caso è pari alla durata della pena principale (comma 10).

Con riferimento ai reati, si evidenzia, come osservato dal Consiglio di Stato, la mancanza nel nuovo Codice di una norma di chiusura, al fine di poter ritenere rilevanti, e quindi ostativi, anche reati non espressamente elencati, così come presente nel previgente art. 38 del D.lgs. n. 163/2006.

Nel nuovo Codice è stata, invece, preferita una limitazione della discrezionalità interpretativa delle amministrazioni in merito alle condanne ostativa alla partecipazione alla gara dell'impresa, chiarendo che al di fuori del detto elenco è motivo di esclusione "ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione." (comma 1, lett. "g");

Viene inoltre esteso il novero dei soggetti sottoposti a controllo. In particolare, nel nuovo Codice, oltre il titolare o i soggetti dotati di poteri di rappresentanza, sono sottoposti alla verifica di moralità professionale anche tutti quei soggetti dotati di poteri di direzione e controllo (commi 1 e 3).

Un'altra consistente differenza rispetto al previgente art. 38 del D.lgs. n. 163/2006 riguarda la procedura di fallimento, perché l'impresa fallita, non è più esclusa *a priori* dall'amministrazione.

Il curatore autorizzato all'esercizio provvisorio dell'impresa o l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale, **può, su autorizzazione del giudice delegato, sentita l'ANAC, partecipare a nuove procedure di gara ovvero essere affidatario di subappalto**; lo stesso può altresì continuare nell'esecuzione dei contratti già stipulati (art. 110, co. 3). Tuttavia, l'ANAC, se l'impresa non è in regola con i versamenti dei contributi o con le retribuzioni o non ha i requisiti aggiuntivi - di cui alle emanande Linee guida ANAC - può subordinare la partecipazione all'individuazione di un'impresa ausiliaria, che faccia da garante nei confronti dell'amministrazione (art. 110, c. 5).

La stesso *favor participationis*, sopra descritto, è applicato anche nel caso in cui l'operatore economico abbia commesso violazioni gravi, definitivamente accertate,

rispetto agli **obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o i contributi previdenziali**, allorché lo stesso abbia ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe (comma 4).

In particolare, viene previsto che l'esclusione opera se l'operatore economico ha commesso violazioni tributarie (mancato pagamento di imposte, tasse e contributi previdenziali), che siano state definitivamente accertate, ovvero quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione.

Con riferimento all'entità delle violazioni, viene confermata la previgente disciplina, secondo cui rappresenta un motivo di esclusione dalla gara il mancato pagamento di tributi di importo superiore a 10.000 euro, come individuato ai sensi dell'art. 48-bis, co. 1 e 2-bis, del D.P.R. 602/1973.

Inoltre, l'ultimo periodo dell'art. 80 prevede che la suddetta causa di esclusione non opera se il candidato ha pagato il suo debito tributario, ovvero si è impegnato a farlo in modo vincolante (mediante la sottoscrizione di un piano di rateizzazione), prima della scadenza del termine per la presentazione della domanda di ammissione alla gara d'appalto.

Nell'elencazione delle diverse cause di esclusione, poi, rappresenta una novità quella prevista nel caso in cui la stazione appaltante dimostri con ogni mezzo che l'operatore economico si sia reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.

Tra questi comportamenti, la norma ricomprende, a titolo esemplificativo, anche "*significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione*" che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni (comma 5, lett. c).

Spetterà alle linee guida, elaborate dall'ANAC entro 90 giorni, precisare quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione, ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative (comma 13).

Valutazione associativa

La previsione in tema di integrità e affidabilità professionale non sembra essere pienamente in linea con il contenuto delle direttive comunitarie, che, all'art 57, paragrafo 4, lett g), consentono agli Stati membri, in via facoltativa, di prevedere l'esclusione dell'operatore economico solo se "ha evidenziato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale di un precedente contratto di appalto pubblico".

La mancanza di un riferimento alle persistenti carenze potrebbe portare, in via interpretativa, ad una causa di esclusione molto più ampia rispetto alla previsione comunitaria, fino a determinare una grave violazione del principio di massima concorrenza.

Anche la possibilità di partecipazione per i soggetto falliti o in situazioni concordatarie va valutata negativamente, perché può comportare gravi alterazioni

della concorrenza e del principio di parità di trattamento, considerate le particolari tutele dalle azioni esecutive di cui godono i soggetti ammessi a tali procedimenti.

In materia fiscale, al comma 4, il nuovo dettato normativo, rispetto all'art. 38 del D.Lgs. 163/2006, chiarisce definitivamente, come auspicato dall'ANCE, l'ammissione alla procedura di gara anche alle imprese che abbiano già concordato un piano di rateizzazione dei debiti tributari, fenomeno sempre più ricorrente a causa della forte crisi che ormai da anni ha colpito l'intero settore.

Inoltre, è stato confermato, sempre al comma 4, il riferimento, per le violazioni gravi e definitivamente accertate in materia contributiva, a quelle ostantive al rilascio del Durc di cui all'art. 8 del Decreto del Ministero del Lavoro 30 gennaio 2015, aggiungendo che tale comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato pagando, o impegnandosi a pagare, purché tale pagamento o tale impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande.

Si continuano ad esprimere forti perplessità sull'inserimento del rimando all'art. 8 del decreto sul Durc. Infatti, come più volte ribadito dall'ANCE nel corso dei lavori preparatori alla legge, l'art. 8 del decreto rimanda, al solo fine del godimento dei benefici normativi e contributivi previsti per legge, alle violazioni di natura previdenziale ed in materia di tutela delle condizioni di lavoro individuate all'allegato A.

Tali violazioni riguardano illeciti penali (artt. 437, 589, 2° co, 590, 3° co.), illeciti in materia di salute e sicurezza sul Lavoro, in materia di immigrazione e di lavoro nero, la commissione dei quali determina l'inibizione al rilascio del Durc regolare per intervalli di tempo da 3 mesi a due anni. Non si tratta, pertanto, di violazioni strettamente connesse alla materia contributiva e previdenziale, ma altre violazioni che, peraltro, non potrebbero essere regolarizzate.

Dovrebbe essere chiarito, pertanto, che i motivi di esclusione, di cui al comma 4, devono essere ricondotti alle violazioni gravi e definitivamente accertate in materia contributiva di cui alla normativa sul rilascio del Durc di cui al Decreto 30 gennaio 2015, che prevede anche le modalità della regolarizzazione.

È necessario, pertanto, un intervento chiarificatore sul tema, sul quale l'ANCE provvederà ad effettuare le opportune richieste.

Art. 81 – Documentazione di gara

In continuità rispetto al previgente Codice, è stabilito che la documentazione che prova il possesso dei requisiti generali e speciali per la partecipazione alle procedure di appalto sia acquisita soltanto mediante la banca dati nazionale degli operatori economici, prima gestita dall'Anac, attraverso l'Osservatorio, e ora affidata al Ministero delle infrastrutture.

Con riferimento a tale banca dati, è poi rimandata ad un successivo Decreto del Ministro delle infrastrutture, sentita l'ANAC e l'Agenzia per l'Italia digitale, l'individuazione dei dati e dei documenti inerenti la partecipazione alle gare nonché le regole tecniche per l'acquisizione, l'aggiornamento e la relativa consultazione da parte delle stazioni appaltanti.

Queste ultime continueranno ad utilizzare la banca dati AVCPass, fino all'adozione del decreto del Ministero delle infrastrutture, da adottarsi entro il 31 dicembre 2016, con cui si determinerà il passaggio a questo Ministero della titolarità delle convenzioni stipulate da ANAC per l'accesso ai dati degli operatori economici.

Art. 83 – Criteri di selezione e soccorso istruttorio

La disposizione presenta un contenuto piuttosto eterogeneo, comprendendo al suo interno la disciplina di diversi profili della procedura, riguardanti, in particolare, i criteri di selezione dei concorrenti, il soccorso istruttorio, e il sistema di premialità e penalità da istituire presso l'ANAC.

a. Criteri di selezione

Per quanto riguarda i lavori, l'articolo 83 comma 2, prevede specifiche linee guida dell'ANAC - da adottare entro 1 anno dall'entrata in vigore del Codice, previo parere favorevole delle competenti Commissioni parlamentari - a disciplinare nel dettaglio il sistema di qualificazione, regolando anche i casi e le modalità di avvalimento, i requisiti del concorrente e la relativa documentazione richiesta a comprova degli stessi.

Le suddette linee guida devono favorire l'accesso al mercato degli appalti pubblici da parte delle microimprese e delle piccole e medie imprese.

Fino all'entrata in vigore di tali linee guida, continuano ad applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni sulla qualificazione di cui alla Parte II, titolo III e relativi allegati del d.p.r. n. 207/2010 (SOA e qualificazione per lavori sotto i 150.000 euro)

b. Soccorso istruttorio

Nella disposizione è contenuta la disciplina sul soccorso istruttorio, in parte modificata rispetto al previgente Codice.

In particolare, il comma 9 dell'articolo 83, prevede che il soccorso istruttorio trova applicazione in caso di carenze di "qualsiasi elemento formale della domanda", inoltre, si specifica che "la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo" obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, di una sanzione pecuniaria, in caso di regolarizzazione.

L'istituto non trova applicazione per le carenze afferenti l'offerta tecnica ed economica.

In relazione alla nuova disciplina, va evidenziato che non è scomparsa la sanzione pecuniaria ma la stessa si è ridotta di entità. Infatti, l'importo massimo della sanzione è stato fissato in 5.000 euro, in luogo dei precedenti 50 mila euro.

Inoltre, è stato precisato che il relativo **pagamento è dovuto esclusivamente in caso di regolarizzazione**. Al riguardo, la norma precisa infatti che l'integrazione istruttoria deve essere accompagnata dalla quietanza di pagamento della sanzione, a pena di esclusione dalla gara (comma 9).

E' confermato, poi, il principio secondo il quale la sanzione non è dovuta in caso di irregolarità formali e incompletezza di dichiarazioni non essenziali, che dovranno comunque essere regolarizzate, sia pure gratuitamente.

Altro profilo innovativo della disposizione riguarda la definizione di "irregolarità essenziali non sanabili", che vengono identificate nelle carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

Infine, viene confermata, al comma 15 dell'articolo 95, la previsione presente nel previgente codice secondo cui *"ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte"*.

c. Sistema di premialità e penalità presso l'ANAC

Novità di rilievo è, infine, l'istituzione presso l'ANAC, del sistema di **rating di impresa** e delle relative premialità-penalità, da applicarsi ai soli fini della qualificazione delle imprese, per le quali l'Autorità rilascia apposita certificazione.

Per i lavori, la certificazione del rating è rilasciata dall'ANAC ed il relativo possesso è attestato dalla SOA (art. 84, comma 4, lett. d) (vedi commento sub art. 84)

Il suddetto sistema è connesso a criteri reputazionali valutati, sulla base di indici quali-quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché su accertamenti definitivi che esprimono la capacità strutturale e l'affidabilità dell'impresa.

In particolare, i requisiti reputazionali tengono conto dei precedenti comportamenti delle imprese, con riferimento al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione degli appalti, nonché all'incidenza del contenzioso in sede di partecipazione alle procedure di gara ed in fase esecutiva, ivi comprese le irregolarità nei pagamenti dei contributi previdenziali (con riferimento ai tre anni precedenti)..

Tale innovativo sistema, nel valutare la storia dell'impresa, considera altresì il rating di legalità, rilevato dall'ANAC in collaborazione con l'Antitrust.

Pertanto, ad integrazione della normale qualificazione, il rating esprimerà, di fatto, il curriculum e la storia di ogni impresa.

Il Codice non definisce nel dettaglio il funzionamento del nuovo sistema, ma rinvia tale compito all'Anac, che, mediante linee guida da adottare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del Codice, fisserà i principi di questo sistema di valutazione.

Rientra, poi, nell'ambito dell'attività di gestione del suddetto sistema, la determinazione da parte di ANAC di misure sanzionatorie amministrative nei casi di omessa o tardiva denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive (comma 10).

Valutazione associativa

Negativa per quanto riguarda il soccorso istruttorio. Infatti, il mantenimento della sanzione non è in linea con la legge delega che, in ossequio alla normativa comunitaria, ha sancito il principio della “piena possibilità di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento di natura formale della domanda, purché non attenga agli elementi oggetto di valutazione sul merito dell’offerta” (lett. z).

Positivo il riferimento al sistema quali-quantitativo come base del rating reputazionale dell’impresa, rilasciato dall’ANAC e non demandato, come auspicato da ANCE, ad una valutazione “gara per gara” da parte delle stazioni appaltanti.

Con riferimento al sistema di penalità e premialità viene, tuttavia, effettuata una commistione - evidenziata anche dal Consiglio di Stato - tra due diversi criteri della legge delega, riguardanti, da un lato, un sistema di penalità e premialità, regolato sotto la direzione dell’ANAC, per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive (lettera q), e, dall’altro, concernente le misure di premialità connesse a criteri reputazionali, con valenza a fini qualificatori (lettera uu).

L’irrogazione di eventuali penalità sussiste solo per una delle due fattispecie, quella relativa alla denuncia obbligatoria delle richieste estorsive, e non ha una espresso collegamento con il sistema di qualificazione.

Con riguardo, poi, alla menzione tra i requisiti di rating, dell’assenza di contenzioso, va evidenziata la limitazione che ne deriverebbe al diritto alla difesa, costituzionalmente riconosciuto (art. 124 Cost), laddove il mero ricorso in giudizio costituisca, di per sé stesso, motivo di lesione della reputazione/qualificazione dell’operatore economico.

Art. 84 – Sistema unico di qualificazione per lavori pubblici – SOA

Analogamente a quanto già previsto dall’art. 40 del previgente Codice, viene mantenuto “a regime” **un sistema unico di qualificazione** per i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro (comma 1) mediante attestazione da parte delle SOA.

Il possesso dei requisiti speciali di qualificazione di cui all’art. 83 continuerà ad essere certificato dalle **SOA** (società organismi di attestazione), secondo un’articolazione per tipologie e importo dei lavori.

La durata delle attestazione è confermata in **cinque anni**, con verifica entro il terzo anno del mantenimento dei requisiti di ordine generale nonché dei requisiti di capacità strutturale indicati nelle linee guida (commi 5 e 11).

Le SOA, ai sensi del comma 4, continueranno ad attestare, come in passato, i requisiti di carattere generale (lett. “a”, così come indicati dall’art. 80 del presente Codice), i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionali (lett. “b”, indicati all’art. 83) nonché il possesso della certificazione di qualità (lett. “c”).

Per quanto riguarda l’oggetto dell’attività di attestazione, un primo e rilevante elemento di novità è contenuto nella lettera “d” del comma 4, che aggiunge il **rating**

d'impresa (cfr. art. 83, comma 10), come certificato dall'ANAC, alla verifica in ordine al possesso dei requisiti generali (sub lett a) e speciali (sub lett. b).

Un altro elemento fortemente innovativo è rappresentato dal principio secondo cui le SOA devono effettuare controlli di natura non meramente documentale sui requisiti di qualificazione.

a) I lavori d'importo pari o superiore a 20 milioni di euro

Per quanto riguarda i requisiti richiesti agli operatori economici che partecipano ad appalti di importo pari o superiore ai 20 milioni di euro, nel Codice è prevista una qualificazione rafforzata, differente da quella disciplinata nel previgente Regolamento, poiché facoltativa per le stazioni appaltanti.

E', infatti, previsto che, per tale fascia di appalti, le stazioni appaltanti, possono richiedere in aggiunta alla SOA:

- parametri economici, certificati da società di revisione, che indichino in modo inequivocabile l'esposizione finanziaria dell'impresa al momento della gara; in alternativa, può essere richiesta al concorrente la dimostrazione, nel triennio antecedente, di una cifra in lavori pari a 2 volte l'importo posto a base di gara;
- lavori analoghi, per entità e tipologia, a quelli compresi nella categoria individuata come prevalente, laddove di importo superiore a 100 milioni di euro.

Anche in quest'ultimo caso, concernente gli appalti di importo pari o superiore ai 20 milioni di euro, per l'applicazione di tale disposizione, sembrano necessarie linee guida ANAC, da adottare entro un anno, che disciplineranno il sistema di qualificazione in coerenza con le nuove regole.

b) Le verifiche sulla funzionalità del sistema SOA

Rispetto al sistema di attestazione SOA, si evidenzia una particolare attenzione posta dal legislatore in merito alla verifica della sua funzionalità; ciò si concretizza in cinque previsioni essenziali:

- la ricognizione straordinaria circa il possesso dei requisiti di esercizio dell'attività da parte delle SOA attualmente operanti, che l'ANAC dovrà effettuare entro 3 mesi dall'entrata in vigore del Codice, sui cui esiti la stessa dovrà relazionare al Governo e al Parlamento (comma 3);
- l'obbligo delle stazioni appaltanti di effettuare controlli, almeno a campione, sulla sussistenza dei requisiti oggetto dell'attestazione, segnalando immediatamente le eventuali irregolarità riscontrate all'ANAC, che dispone la sospensione cautelare dell'efficacia dell'attestazione dei requisiti entro dieci giorni dalla ricezione dell'istanza medesima (comma 5);
- la pubblicazione sul sito dell'ANAC dei controlli a campione effettuati annualmente sulle attestazioni rilasciate dalla singola SOA (comma 8);
- la conferma di un sistema sanzionatorio posto a carico delle SOA nel caso in cui non osservino le disposizioni contenute nelle linee guida sulla qualificazione e che può portare anche alla revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di attestazione (comma 9).
- l'emanazione, entro un anno dall'entrata in vigore del presente Codice, di un apposito decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta dell' ANAC, sentite le competenti Commissioni parlamentari, finalizzato

all'individuazione di modalità di qualificazione, anche alternative rispetto alla SOA stessa, che potrebbero anche portare ad un graduale superamento del sistema unico di qualificazione ovvero di necessità di individuazione di forme di partecipazione pubblica agli stessi e alla relativa attività di attestazione (comma 3);

Valutazione associativa

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

Positiva anche l'inclusione del rating reputazionale, sulla basi di indici quali-quantitativi dell'impresa, rilasciato dall'ANAC ed il cui possesso, per i lavori, viene attestato dalla SOA:

Negativo il riferimento al fatturato nei tre anni antecedenti per gli appalti pari o superiori a 20 milioni di euro, che genera una restrizione del mercato in una situazione economica di forte contrazione.

Art. 85 – Documento di gara unico europeo (DGUE)

L'articolo introduce il documento di gara unico europeo (DGUE), il quale consiste in un'autodichiarazione valevole come prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi, in cui si conferma che l'operatore economico soddisfa una serie di condizioni (la norma richiama in particolare l'assenza di motivi di esclusione e il soddisfacimento dei criteri di selezione-qualificazione) e con cui sono rese le informazioni rilevanti richieste dalla stazione appaltante.

Il DGUE è fornito esclusivamente in forma elettronica a decorrere dal 18 aprile 2018, in linea con quanto previsto dall'art. 90, paragrafo 3 , della direttiva n. 24., ed è redatto in conformità al modello di formulario adottato con Regolamento della Commissione Europea n. 7 /2016.

Inoltre, il DGUE consiste altresì in un'autodichiarazione aggiornata in materia contributiva.

Infatti, la lett. a) dello stesso comma prevede che l'operatore economico non debba trovarsi in una delle situazioni di cui all'art. 80, comprensivo, al comma 4, delle regolarità contributiva.

Valutazione associativa

Ferme restando le perplessità già esposte a proposito dell'art. 80, e gli assunti ormai da anni noti circa l'autodichiarazione/autocertificazione della regolarità contributiva, sulla quale più volte si è espresso il Ministero del Lavoro, è bene evidenziare, comunque, che potrebbero sussistere criticità nell'armonizzare tale previsione con quella contenuta nel successivo art. 86 per la verifica di tale autodichiarazione tramite il Durc (si rimanda al commento del successivo art. 86).

Art. 86 – Mezzi di prova

L'art. 86, al comma 2, prevede che le stazioni appaltanti possono esigere, come mezzo di prova attestante il possesso del requisito di regolarità fiscale richiesto dall'art. 80 "apposita certificazione rilasciata dall'Amministrazione fiscale competente".

Inoltre, tale articolo prevede la possibilità per le stazioni appaltanti di acquisire mezzi di prova circa l'assenza dei motivi di esclusione, di cui all'art. 80, in capo agli operatori economici.

In particolare, al comma 2, lett. b) si prevede la possibilità di verificare l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80, comma 4 (regolarità contributiva) tramite il Durc.

Valutazione associativa

Negativa. Tale disposizione, ad avviso dell'ANCE, appare critica in quanto introduce un ulteriore adempimento, a carico del candidato, il quale deve preventivamente ottenere dall'Amministrazione finanziaria la documentazione attestante la regolarità tributaria, ai fini dell'ammissione alla gara.

La nuova regola introduce un ulteriore onere a carico delle imprese e suscita forti perplessità poiché richiede ad un soggetto terzo (l'Amministrazione finanziaria) il rilascio della certificazione fiscale, esponendo così il candidato al rischio di non poter disporre, nei tempi a volte stringenti fissati dalla stazione appaltante, di tutta la documentazione necessaria per la partecipazione alla medesima gara.

In tal senso si è espresso anche il Consiglio di Stato che, con riferimento all'art. 86, comma 2, lett. b), recependo le osservazioni dell'ANCE, ha evidenziato l'esigenza di verificare la correttezza di tale disposizione, la quale "esigendo un'apposita certificazione dell'amministrazione fiscale, aggrava gli oneri documentali posti a carico degli operatori economici".

Occorre, quindi, ripristinare il regime previgente, stabilito dall'art. 38, co. 2, D.Lgs. 163/2006, 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.

Si rileva, inoltre, con riferimento al comma 2, lett. b), l'assenza della specifica acquisizione d'ufficio ormai prevista per legge e il richiamo alle Casse Edili tra gli istituti deputati al rilascio.

Ma ciò che si sottolinea in maniera più evidente è il problema dell'armonizzazione di tale previsione con la nuova normativa sul Durc on Line, la quale non permette il rilascio di un documento unico di regolarità contributiva "alla data del..." (cd. Durc storico) e, pertanto, non permette di verificare la veridicità dell'autodichiarazione resa dall'operatore economico.

Tale criticità, più volte fatta presente dall'ANCE, unitamente a Inps Inail e Casse Edili oltre che al Ministero del Lavoro, non ha trovato piena comprensione. Si auspica che l'Anac fornisca, nel breve periodo, un'indicazione interpretativa per garantire agli operatori e alle stazioni appaltanti di operare in correttezza e nel pieno rispetto degli equilibri del mercato.

Sul punto si è espresso anche da ultimo il consiglio di Stato, che ha preso in esame la legittimità di procedere alla regolarizzazione successiva dell'operatore economico che aveva reso l'autodichiarazione di regolarità.

Art. 89 – Avvalimento

La nuova disciplina dell'avvalimento da un lato conferma parte delle disposizioni dettate dal previgente Codice (art. 49 e 50) dall'altro introduce innovazioni, in recepimento dell'articolo 63 della direttiva n. 24 e dell'art. 79 della direttiva n. 25.

Da tali disposizioni sembrerebbe emergere, da una parte, una **riduzione dei casi in cui è possibile ricorrere all'avvalimento**, dall'altra, una **maggiore partecipazione dell'ausiliaria**.

Una prima novità è rappresentata dall'indicazione dei **titoli di studio e professionali**, o delle esperienze professionali dell'ausiliaria. Infatti, gli operatori economici possono fare affidamento sulle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste (comma 1).

Una seconda novità è rappresentata dalla **mancata riproduzione** del previgente art. 50, riguardante, per i lavori, **l'avvalimento cd. "stabile"**, operante nel caso di sistemi di attestazione.

E poi rilevante la previsione che riguarda la fase successiva alla gara, in cui si chiarisce che, in corso di esecuzione, la stazione appaltante deve eseguire le **verifiche sostanziali** 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. Al contempo, la stessa stazione appaltante è tenuta a portare all'attenzione dell'ausiliaria le stesse comunicazioni indirizzate al concorrente (comma 9, nonché art. 52).

Le stazioni appaltanti possono, inoltre, stabilire nei documenti di gara, che **taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente**, escludendo, quindi, la possibilità di avvalimento (comma 4).

A tale riguardo, lo stesso Codice prevede comunque non è ammesso l'avvalimento per opere di rilevante complessità tecnica il cui valore superi il 10 per cento dell'appalto, da individuarsi con decreto del MIT, da adottarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del Codice (comma 11).

Questa norma deve essere letta insieme al comma 5 dell'art. 105, che prevede altresì un limite del 30 per cento alla possibilità di subappalto; ciò al fine di chiarire la previsione della necessità di ricorrere ad un'ATI (obbligatoria) nei casi in cui l'operatore economico non sia debitamente qualificato.

Parimenti, non può essere oggetto di avvalimento l'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'articolo 212 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (comma 10).

Superando un'equivoca formula del precedente Codice, viene altresì fugato ogni dubbio sull'ammissibilità dell'**avvalimento plurimo e frazionato** anche per la qualificazione in gara attraverso l'attestazione SOA (comma 6).

Anche in questo caso, sarà pertanto possibile avvalersi - senza limitazioni - di uno più soggetti ausiliari; ciò in linea con la giurisprudenza comunitaria, che consente all'operatore economico di avvalersi di una o più imprese ausiliare (*cf.* Corte di giustizia europea, sentenza 10 ottobre 2013, nella causa C-94/2012).

Valutazione associativa

La previsione di un divieto di avvalimento generalizzato per lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o rilevante complessità tecnica appare positiva.

Tuttavia, il combinato di tale limitazione con l'analogo limite al subappalto per le medesime lavorazioni, può determinare forti restrizioni della concorrenza, a favore di pochi operatori.

Art. 91 – “Forcella”

Si consente alle stazioni appaltanti, in caso di procedure ristrette, competitive con negoziazione, dialogo competitivo e partenariato per l'innovazione, di operare una riduzione del numero dei candidati che possono essere invitati a presentare un'offerta (cd. “forcella”).

Tale possibilità di riduzione si è ampliata rispetto a quanto previsto dal previgente Codice, nel quale la “forcella” era ammessa solo in caso di lavori di importo superiore a 40 milioni.

La riduzione è comunque consentita solo quando lo richieda una particolare difficoltà o complessità dell'opera.

Inoltre, è cambiato anche il numero minimo di candidati da invitare a presentare offerta. Infatti, nel caso di procedure ristrette è previsto che siano invitati almeno 5 soggetti - mentre in precedenza erano almeno 20 - e , negli altri casi, almeno 3, mentre in precedenza erano 6.

Art. 93 – Garanzia provvisoria per la partecipazione alla procedura

Tale disposizione disciplina le garanzia a corredo dell'offerta, innovando in parte le norme dettate dall'art. 75 del Codice previgente.

In particolare, l'importo della cauzione provvisoria – che ora assume la denominazione “garanzia provvisoria” - è pari al 2 per cento dell'importo a base di gara, salvo che la stazione appaltante, previa motivazione, scelga di ridurla all'1 per cento o, viceversa, di incrementarla fino al 4 per cento. Ciò in base all'oggetto del contratto e al connesso grado di rischio.

La cauzione copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, riconducibile a dolo o colpa grave.

Valutazione associativa

*Positiva la previsione del dimezzamento delle garanzie in presenza di qualità.
Negativo il possibile incremento fino al 4 per cento.*

Artt. 95 e 97 – Criteri di aggiudicazione dell'appalto – Prezzo più basso e criterio del miglior rapporto "qualità-prezzo" – Esclusione automatica delle offerte anomale

a. Criteri di aggiudicazione

L'art. 95 disciplina il campo dei criteri di aggiudicazione, assegnando alle stazioni appaltanti la possibilità di procedere all'aggiudicazione degli appalti sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa basata sul miglior rapporto "qualità-prezzo" o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo, in quest'ultimo caso, un criterio di comparazione costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita (di cui all'art. 96).

L'articolo riproduce sostanzialmente quanto previsto in materia dalle nuove direttive UE. A questo proposito, si vuole precisare che queste ultime presentano un unico criterio, denominato *offerta economicamente più vantaggiosa*, che non è più quello fino ad oggi praticato, in quanto ricomprende **le ipotesi**, rappresentate dall'aggiudicazione sulla base **del prezzo (o anche del costo, seguendo un approccio costo/efficacia, quale ad esempio il costo del ciclo di vita)**, o sulla base del **miglior rapporto "qualità-prezzo"**.

Ciò premesso, il comma 4 dell'art. 95 prevede che, per i lavori, **il minor prezzo** (intendendosi per tale il prezzo più basso) possa essere utilizzato per appalti **pari o inferiore ad 1 milione di euro**, *"tenuto conto che la rispondenza ai requisiti di qualità è garantita dall'obbligo che la procedura di gara avvenga sulla base del progetto esecutivo"*.

In tal caso, ai sensi del successivo art. 97 comma 8, le stazioni appaltanti possono prevedere nel bando **l'esclusione automatica delle offerte anomale** che presentino una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, come individuata ai sensi del comma 2 del medesimo articolo, sempreché il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a 10. Va precisato, invero, che il predetto comma 8, con un inciso poco coordinato con l'art. 95 comma 4, prevede che, tale facoltà possa essere esercitata *"quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie"* (sic!). Tuttavia, come detto, per i lavori, il criterio del prezzo più basso – che rende attivabile l'esclusione automatica - può essere applicato comunque fino alla soglia massima di 1 milione.

A sua volta, l'art. 97 prevede che, al fine di non rendere predeterminabile dai candidati i parametri di riferimento per il calcolo dell'anomalia, venga effettuato in gara il **sorteggio del metodo di individuazione della soglia di anomalia**, secondo una pluralità di criteri previsti dalla stessa disposizione.

Pertanto, per l'aggiudicazione dei lavori, le stazioni appaltanti, fermo il divieto di ricorso al minor prezzo per opere oltre 1 milione di euro, possono utilizzare il criterio del miglior rapporto qualità-prezzo, cui si aggiunge, verosimilmente, anche il criterio

del costo, quest'ultimo secondo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita.

Si fa presente che, innovando rispetto al passato, l'elemento relativo al costo può assumere la forma di un prezzo o costo fisso, sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in funzione dei criteri qualitativi.

Infine, occorre rilevare che, al comma 10 dell'art. 95, è stato mantenuto il principio per il quale gli operatori economici devono indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza.

Il termine costi, utilizzato dal legislatore è improprio. Si intendono gli oneri che l'impresa deve sostenere per la gestione del rischio aziendale a prescindere dall'esecuzione dei singoli contratti di appalto e riguardano gli adempimenti obbligatori in virtù della normativa vigente.

Valutazione associativa

Negativa. Va evidenziato che il limite fino ad 1 milione di euro per l'utilizzo del metodo dell'esclusione automatica delle offerte anomale, con sorteggio del criterio in chiave antiturbativa, espone le stazioni appaltanti ad un aggravio procedimentale notevole, connesso alla maggiore complessità degli altri criteri (qualità/prezzo e costo/efficacia).

La possibilità, per converso, di utilizzare il massimo ribasso "tout court" entro la stessa soglia d'importo – stante il fatto che l'esclusione automatica è prevista come una mera opzione – espone l'84 per cento dei bandi alle distorsioni generate da tale criterio.

Peraltro, tale soluzione non sembra in linea con le esigenze di semplificazione, ed efficienza delle procedure richieste dalla legge delega per gli appalti di lavori al di sotto della soglia comunitaria.

Si vuole poi evidenziare che la nuova regola dell'appalto su progetto esecutivo – di per sé completo - non si confà pienamente con il criterio dell'OEPV basata sul miglior rapporto "qualità prezzo" che, invece, per definizione, presuppone un apporto progettuale dell'impresa in gara, in chiave migliorativa. Per converso, ciò potrebbe dare spazio ad un'applicazione distorta del criterio, incentivando quelle prassi, dichiarate più volte illegittime dalla giurisprudenza amministrativa, volte a richiedere lavorazione aggiuntive – cui assegnare punteggio - anziché soluzioni migliorative.

Infine, suscita preoccupazione, dal punto di vista della tutela della trasparenza e della prevenzione di fenomeni corruttivi, il fatto che sussistono ampie deroghe all'obbligo di nomina della commissione giudicatrice tramite elenchi ANAC, cui si aggiunge la circostanza che, anche laddove previsto, l'operatività di tale adempimento è rinviato al momento in cui sarà attivato l'Albo.

Anche il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, utile adempimento a garanzia dell'incremento di poteri discrezionali loro attribuiti dal nuovo Codice, non entrerà in vigore immediatamente.

Sarebbe stato auspicabile che il metodo di esclusione automatica “antiturbativa fosse esteso almeno agli appalti fino a 2,5 milioni di euro.

Infine, con riferimento al comma 10 dell’art. 95, è positivo che la norma, letta insieme al comma 5, lettera c) dell’articolo 97, chiarisca che l’indicazione degli oneri aziendali della sicurezza in sede di offerta è funzionale a verificarne la congruità in sede di verifica dell’anomalia.

b. OEPV e rating di legalità

La disposizione, al comma 13, consente alle amministrazioni aggiudicatrici di indicare, tra le altre cose, nel bando di gara, nell’avviso o nell’invito, i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell’offerta in relazione al maggior **rating di legalità** dell’offerente; ciò, compatibilmente con il diritto dell’Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.

Valutazione associativa

Parzialmente negativa. Il rating di legalità, misura di per sé positiva, attiene ai profili di maggiore consonanza dell’impresa rispetto a più elevati standard di legalità. L’offerta tecnica invece, infatti, andrebbe valutata di regola in base a criteri che abbiano una diretta connessione con l’oggetto dell’appalto e che siano idonei a misurarne il valore, e non sulla sfera soggettiva dell’offerente, la cui valenza è limitata all’ammissione alla gara (cfr, in termini, parere del Consiglio di Stato).

c. Oneri aziendali della sicurezza

Al comma 5, lettera c) dell’art. 97, si parla di oneri aziendali della sicurezza di cui all’articolo 95, comma 9. Vi è un evidente refuso poiché il comma interessato non è il comma 9 bensì il comma 10 dove si parla, erroneamente, di costi e non – come sarebbe corretto – di oneri.

E’ stato mantenuto il principio secondo cui tali oneri aziendali, indicati in sede di offerta dall’operatore economico, costituiscono un elemento la cui congruità va verificata nell’ambito della valutazione dell’anomalia dell’offerta.

Il comma 6 definisce “oneri di sicurezza” quelli che invece sarebbe appropriato definire “costi della sicurezza”. Rimane pertanto un’ambiguità dei termini utilizzati dal legislatore.

Valutazione associativa

Positiva. La norma, letta insieme all’articolo 95, comma 10, chiarisce che l’indicazione degli oneri aziendali della sicurezza in sede di offerta è funzionale a verificarne la congruità in sede di verifica dell’anomalia.

Artt. 103 e 104 - Garanzie per l'esecuzione

Tali disposizioni disciplinano le garanzie fideiussorie nell'esecuzione dei contratti pubblici.

In particolare, l'art. 103, nel regolare la cd garanzia definitiva, ripropone il contenuto dell'art. 113 del D.lgs. 163/2006, ivi compresa, come sostanzialmente sollecitato da ANCE, **la riduzione del 50% della cauzione definitiva** (anche relativa agli appalti d'importo pari o superiore a 100 milioni di euro), **in presenza di certificazione di qualità**, in linea con quanto già previsto dalla recente legge sulla Green Economy.

L'art. 104, invece, regola le **garanzie per l'esecuzione di lavori di particolare valore**, sostituendo il sistema della garanzia globale di esecuzione.

In particolare, viene prevista, per gli affidamenti a contraente generale e, ove prevista dal bando o dall'avviso di gara, per gli appalti di sola esecuzione di ammontare a base d'asta superiore a 100 milioni di euro, in luogo della garanzia definitiva di cui all'art. 103, comma 1, una garanzia di buon adempimento - che deve essere presentata dal soggetto aggiudicatario senza incremento in funzione del ribasso presentato - pari al 5 per cento dell'importo contrattuale, come risultante dall'aggiudicazione.

Alla stessa, si accompagna una ulteriore garanzia, denominata garanzia "extra costi" per la risoluzione, di importo pari al 10 per cento dell'importo contrattuale, comunque per un importo calcolato su un massimo di 100 milioni di euro.

Valutazione associativa

Positivo la previsione di una riduzione delle garanzie in presenza di qualità, così come il superamento del performance bond. Forti perplessità sull'onere economico della garanzia sostitutiva c.d. "extra costi".

Art. 105 – Subappalto

a. Subappalto in generale

Si introduce un limite percentuale al subappalto, pari al **30% dell'importo complessivo** del contratto (comma 2).

Inoltre, la **possibilità di consentire il subappalto è rimessa alla valutazione della stazioni appaltanti**, che dovranno prevedere espressamente in bando le categorie per le quali è ammesso (comma 4).

Viene, poi, ripristinato il **divieto di subappalto oltre il 30% delle categorie cd. "superspecializzate"**, **se d'importo superiore al 10%** (con conseguente obbligo di ATI verticale, in caso di mancata qualificazione specifica dell'appaltatore principale); per le stesse non è ammesso neanche l'avvalimento (comma 5).

Permane, peraltro, il limite del 20% al ribasso praticabile al subappaltatore (comma 14)

Valutazione associativa

Negativa. Il limite complessivo al subappalto del 30% appare eccessivamente stringente. Inoltre, tale norma impatta senza alcuna gradualità sulla struttura aziendale delle imprese e sulla loro organizzazione.

Negativa appare anche la reintroduzione del divieto di subappalto per le opere superspecializzate, che, oltreché in violazione dei precetti comunitari in materia di raggruppamenti, può essere foriera di forti restrizioni del concorrenza, considerando che alcune categorie sono in capo a pochissimi soggetti. Il limite al ribasso praticabile al subappaltatore non sembra coerente con il divieto di gold plating

b. Nominativi dei subappaltatori in gara (comma 6)

Si prevede l'obbligo di indicare una terna di nominativi dei subappaltatori per gli appalti sopra soglia comunitaria, e per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione. Inoltre, è prevista la facoltà per la stazione appaltante di prevedere ulteriori casi, anche per contratti sotto soglia .

Valutazione associativa

Negativa. Tale obbligo, sia pure limitato a casi specifici, solleva notevoli perplessità, considerate le peculiarità proprie del settore dei lavori pubblici. Infatti, il notevole lasso di tempo che può intercorrere tra l'aggiudicazione del contratto di appalto e l'esecuzione dei lavori in subappalto, può rendere l'indicazione in gara dei subappaltatori un onere particolarmente gravoso per il concorrente, soprattutto se si tratta di una piccola e media impresa.

Al riguardo, va altresì ricordato che, proprio a fronte delle peculiarità che caratterizzano il settore dei lavori pubblici, l'articolo 71, paragrafo 5, della direttiva 2014/24/UE contiene una particolare previsione, con riferimento a tale ambito, che inserisce l'obbligo di indicare i nominativi dei subappaltatori dopo l'aggiudicazione dell'appalto e, al più tardi, all'inizio dell'esecuzione del contratto. Tale linea interpretativa riguardante il settore dei lavori pubblici, è stata peraltro condivisa anche dalla Commissione Europea, nell'ambito della fase di supporto tecnico agli Stati Membri per il recepimento delle nuove norme.

c. Pagamento diretto ai subappaltatori (comma 13)

Si consente alle stazioni appaltanti di corrispondere direttamente al subappaltatore, al cottimista e al prestatore di servizi e al fornitore di beni o lavori, l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite, nei seguenti casi:

- a. quando il subappaltatore o il cottimista è una microimpresa o piccola impresa;
- b. in caso di inadempimento dell'appaltatore;
- c. su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente.

Inoltre, si prevede l'eliminazione della responsabilità solidale retributiva e contributiva dell'appaltatore nei confronti del subappaltatore in caso di pagamento diretto, nei soli casi di cui alle ipotesi a) e c).

Valutazione associativa

Positiva l'eliminazione della responsabilità solidale in caso di pagamento diretto, in linea con la posizione ANCE.

L'obbligo di pagamento diretto, laddove l'impresa sia una piccola o una micro impresa, non è in linea con il contenuto della legge delega, che, al comma 1, lettera rrr), richiede, ove il subappaltatore sia un microimpresa o una piccola impresa, l'espressa individuazione delle fattispecie in cui la stazione appaltante procede al pagamento diretto.

d. Obblighi retributivi e contributivi

Viene introdotto uno specifico comma (comma 8) che, oltre a prevedere la responsabilità in via esclusiva del contraente principale nei confronti della stazione appaltante, prevede la **responsabilità in solido tra l'aggiudicatario e il subappaltatore** in relazione agli obblighi retributivi e contributivi, rinviando specificamente all'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003.

Tale responsabilità **viene meno nei casi di pagamento diretto del subappaltatore** (nelle ipotesi di cui alle lett. a) e c) del comma 13, ossia quando il subappaltatore o il cottimista è una micro impresa o una piccola impresa e in caso di richiesta del subappaltatore).

Analoghe previsioni sono contenute anche nell'art. 174, comma 5, in materia di subappalto nell'esecuzione di **concessioni** dove, peraltro, **l'esclusione dalla responsabilità solidale, nelle ipotesi di pagamento diretto dei subappaltatori, opera anche nei casi di inadempienza dell'appaltatore.**

L'ipotesi di esclusione della responsabilità in solido, in caso di pagamento diretto del subappaltatore, rappresenta, ovviamente, un'importante novità in linea con quanto da tempo sostenuto dall'ANCE.

Vengono, inoltre, ricalcati al comma 9 gli obblighi dell'osservanza dei trattamenti previsti dalle norme e dai contratti collettivi (nazionale e territoriale) anche per i dipendenti del subappaltatore, nonché l'obbligo per l'affidatario e per il suo tramite dei subappaltatori della trasmissione, prima dell'inizio dei lavori, di tutta la documentazione attestante l'iscrizione agli enti previdenziali e alla Cassa Edile e l'acquisizione d'ufficio del Durc per i pagamenti delle prestazioni rese nell'ambito dell'appalto e del subappalto (previsioni queste già contenute nell'art. 118 del vecchio Codice).

Al comma 10 viene espressamente richiamato l'intervento sostitutivo della stazione appaltante anche in caso di inadempienze retributive e contributive nei confronti del personale del subappaltatore, di cui ai commi 5 e 6 dell'art. 30.

È stato poi inserito, al comma 14, il riferimento ai **costi della manodopera** relativa alle prestazioni affidate in subappalto che, **unitamente a quelli della sicurezza,**

devono essere corrisposti dall'affidatario alle imprese subappaltatrici **senza alcun ribasso**. Si segnala, con specifico riguardo ai costi della manodopera, che i precedenti riferimenti alle relative tabelle ministeriali – le quali si ritiene abbiano un collegamento funzionale con detta previsione – riportano dizioni diverse. Si fa riferimento al costo del lavoro (art 23, comma 16), al costo del personale (art. 97, comma 5, lett d)) e, appunto, da ultimo, ai costi della manodopera. Anche in tal caso saranno sollecitati chiarimenti al riguardo.

Infine, viene riportata al comma 16 la previsione già contenuta nel vecchio Codice degli appalti all'art. 118, comma 6bis in materia di congruità della incidenza della manodopera relativa allo specifico contratto affidato attraverso il recepimento, da parte del Ministero del Lavoro, degli accordi stipulati dalle parti sociali sul tema.

e. La qualificazione attraverso i lavori subappaltati

Riguardo alla qualificazione delle imprese, si evidenzia che, al comma 22, viene precisato che le stazioni appaltanti rilasciano i certificati necessari per la qualificazione all'appaltatore *“scomputando dall'intero valore dell'appalto il valore e la categoria di quanto eseguito attraverso il subappalto”*.

Valutazione associativa

Negativa. Il nuovo codice nega il cd. “premio di coordinamento” ai fini della qualificazione (fino ad un massimo del 30% o 40%) che, ai sensi di tutta la previgente disciplina, spettava all'appaltatore sui lavori subappaltati (cfr. in ultimo art. 84 del D.P.R. 207/2010).

f. Piani operativi di sicurezza

E' stato inserito un inutile orpello in capo all'impresa affidataria che dovrà trasmettere i piani operativi di sicurezza (POS) redatti dai singoli subappaltatori operanti nel cantiere, alla stazione appaltante. Il Decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 già prevede la trasmissione di tali piani al coordinatore in fase di esecuzione.

Valutazione associativa

Negativa. L'onere di trasmissione dei POS alla stazione appaltante risulta pertanto un inutile appesantimento burocratico, che non aggiunge nulla dal punto di vista della salute e sicurezza.

Art. 108 – Risoluzione

La disposizione prevede, al comma 1, le ipotesi in cui la stazione appaltante può procedere alla risoluzione di un contratto pubblica, durante il periodo della sua efficacia.

Valutazione associativa

A seguito dell'azione dell'ANCE, ed in linea con le indicazioni del Consiglio di Stato, non è più prevista, tra le ipotesi, l'iscrizione di riserve per una domanda superiore al 15% dell'importo contrattuale.

Art. 114 – Norme applicabili ai settori speciali

I settori speciali sono individuati dagli articoli 114 - 121.

Le disposizioni di questo capo recepiscono i **contenuti della direttiva 2014/25/UE**, concernente le procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, che disciplina puntualmente tutte le fasi relative agli appalti nei settori speciali.

Il legislatore, nel recepire la direttiva, ha ritenuto di rinviare, per le disposizioni comuni anche ai settori ordinari (dall'art. 1 al 58), alle relative norme, disciplinando in questo capo, esclusivamente le disposizioni connotate da specialità.

In via generale, per ciascuno settore, vengono precisati i limiti entro i quali la disciplina del Codice è applicabile. Viene altresì definito l'ambito dei soggetti a cui si applicano le disposizioni riguardanti i medesimi settori speciali.

Art. 146 – Qualificazione nel settore dei Beni Culturali

Gli articoli da 145 a 151 dettano la disciplina generale relativa a contratti pubblici concernenti i beni culturali tutelati ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, recante Codice dei beni culturali e del paesaggio, intervenendo – tra le altre - sulle disposizioni inerenti il possesso di requisiti di qualificazione (art. 146) ed i livelli e contenuti della progettazione (art.147).

Per la qualificazione delle imprese che operano nel settore dei beni culturali, è previsto il **possesso di requisiti di qualificazione specifici e adeguati** ad assicurare la tutela del bene oggetto di intervento, conformemente a quanto disposto dall'articolo 9-bis e dall'articolo 29 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, in materia di competenze delle figure professionali interessate.

A tale scopo, sono individuati con **decreto del competente dal Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo**, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, specifici requisiti di qualificazione riguardanti i dei direttori tecnici e degli esecutori dei lavori e le modalità di verifica ai fini dell'attestazione (art. 146, co. 4).

Tale decreto deve essere emanato entro 6 mesi dalla data di entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Ai fini della valutazione della qualificazione del concorrente, il Codice prevede che - considerata la specificità del settore - nei beni culturali:

- in sede di qualificazione, **i lavori eseguiti, utilizzabili unicamente dall'impresa che li ha effettivamente eseguiti, non sono condizionati da criteri di validità temporale** (comma 2);
- in gara, **non trova applicazione l'istituto dell'avvalimento** (artt. 89 e 146, co. 3).

Riguardo al primo punto, per la prima volta è presente una previsione consente all'operatore economico di utilizzare in sede di qualificazione l'esperienza maturata, senza più che questa possa essere limitata all'interno di uno spazio temporale, quinquennio, decennio o ventennio che sia.

Ne consegue che le imprese partecipanti a gare in cui sia prevista almeno una delle categorie OG2, OS2 (A e B), nonché OS25, non potranno qualificarsi in tali categorie utilizzando requisiti di terzi (avvalimento), ma unicamente sulla base delle attestazioni da loro stesse possedute.

Art. 147 – Livelli e contenuti di progettazione

Riguardo la progettazione su beni tutelati, è previsto che, in sede di progetto di fattibilità, debba essere redatta di una scheda tecnica finalizzata all'individuazione delle caratteristiche del bene oggetto di intervento (comma 1).

Nei lavori di monitoraggio, manutenzione o restauro di beni culturali mobili, superfici decorate di beni architettonici e materiali storicizzati di beni immobili di interesse storico artistico o archeologico, il progetto di fattibilità comprende oltre la predetta scheda tecnica anche le ricerche preliminari, le relazioni illustrative e il calcolo sommario di spesa

E' inoltre sempre necessario il progetto esecutivo per l'appalto dei suddetti lavori di monitoraggio e quelli di scavo archeologico, anche subacqueo, nonché quelli relativi al verde storico di cui all'articolo 10, comma 4, lettera f) del Codice dei beni culturali e del paesaggio.

Art. 148 – Affidamento dei contratti

Per i lavori concernenti beni tutelati, anche subacquei, nonché quelli relativi a ville, parchi e giardini di cui all'articolo 10, comma 4, lettera f) del Codice dei beni culturali e del paesaggio, si prevede, tra l'altro, quanto segue:

- salvo che eccezionali esigenze, motivatamente accertate dal responsabile del procedimento, non lo rendano impossibile, per tali interventi è vietato l'affidamento congiunto con lavori afferenti a categorie di opere generali e speciali; ciò indipendentemente da qualsiasi valutazione di opportunità o convenienza della stazione appaltante (comma 1);
- le lavorazioni suddette specialistiche non possono essere assorbite in altra categoria o essere omesse nell'indicazione delle lavorazioni di cui si compone l'intervento, indipendentemente dall'incidenza percentuale che il valore degli interventi di tipo specialistico assume rispetto all'importo complessivo (comma 2).
- la stazione appaltante può motivatamente applicare la disciplina degli appalti di servizi o di forniture, indipendentemente dall'importo dei lavori; ciò tagliando fuori le imprese di lavori, seppure limitatamente agli allestimenti di istituti e luoghi della cultura e alla manutenzione o al restauro di giardini storici.

Art. 151 – Sponsorizzazioni nei Beni Culturali

Fatte salve le competenze dell’Autorità preposta alla tutela del bene, sono introdotte forme speciali di partenariato, da attivare da parte del Ministero dei beni culturali con enti e organismi pubblici e con soggetti privati, dirette a consentire, anche mediante concessione, il recupero, il restauro, la manutenzione programmata, la gestione, anche con finalità di ricerca scientifica (comma 3).

Art. 162 – Contratti secretati

Nel nuovo Codice è inclusa la disciplina dei contratti di lavori, servizi e forniture secretati o la cui esecuzione esige particolari misure di sicurezza, per quali sono previsti maggiori controlli da parte della Corte dei Conti.

Infatti, seppure nel testo viene riprodotto in gran parte l’art. 17 del Codice previgente, sembra doversi intendere che **il controllo sulla regolarità, correttezza ed efficacia della gestione, effettuato dalla Corte dei Conti, non si esaurisca nella fase preventiva, investendo l’intera durata della gestione del contratto.**

Ciò si evidenzia, nella parte in cui si prevede, presso la Corte dei conti, l’istituzione di un ufficio organizzato in modo da assicurare la tutela delle esigenze di riservatezza, che esercita il controllo preventivo sulla legittimità e sulla regolarità dei contratti nonché sulla regolarità, correttezza ed efficacia della gestione (comma 5).

Art. 163 – Somma urgenza e protezione civile

La disposizione regola le circostanze di somma urgenza in presenza delle quali il responsabile del procedimento o il tecnico, che si reca per primo sul luogo, può affidare ad uno o più operatori, previa indicazione dei motivi dello stato di urgenza, l’immediata esecuzione dei lavori entro il limite dei 200.000 euro o di quanto indispensabile per rimuovere lo stato di pregiudizio alla pubblica incolumità, in quest’ultimo caso per un periodo non superiore a 30 giorni.

Costituisce, inoltre, circostanza di somma urgenza, ai sensi del comma 6 della disposizione in commento, anche il verificarsi, ovvero la ragionevole previsione di un imminente verificarsi, degli eventi di cui all’articolo 2, comma 1 della legge 24 febbraio 1992, n. 225 (Istituzione del Servizio Nazionale della protezione civile), ossia le situazioni fronteggiabili con interventi di protezione civile.

L’affidamento diretto per motivi di somma urgenza non è comunque ammesso per appalti d’importo pari o superiore alla soglia comunitaria.

Valutazione associativa

Parzialmente positiva. L’ANCE, in linea con il parere reso dal Consiglio di Stato, ha evidenziato, durante la fase precedente all’approvazione del Codice, l’opportunità di meglio circoscrivere le possibilità di deroghe alla gara pubblica in caso di eventi di protezione civile, limitandole allo stretto necessario e chiarendo meglio la natura e la durata dell’ “evento imminente”, che la disposizione prevede quale presupposto per l’esercizio della deroga.

Dovrebbe, infatti, trattarsi di una previsione fondata su parametri scientifici e riferita alla probabile oltre che imminente verifica dell'evento, al fine di evitare utilizzi distorti dei poteri derogatori (artt. 63 e 163).

Il testo approvato accoglie in parte tali sollecitazioni, introducendo il concetto di "ragionevole previsione" dell'imminente verificarsi di eventi calamitosi.

PARTE III : CONTRATTI DI CONCESSIONE

Artt. da 164 a 178 – Concessioni in generale

La disciplina dei contratti di concessione, sulla scorta di quanto prevede la direttiva 2014/23/UE, per la prima volta detta **regole generali unitarie per le concessioni di lavori e di servizi**. A queste ultime, nella precedente disciplina, si applicavano solo i principi generali del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Art. 165 – Rischio ed equilibrio economico-finanziario delle concessioni

La norma chiarisce che nei contratti di concessione l'elemento distintivo è rappresentato dal trasferimento al concessionario del **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.

Sembra, quindi, che il legislatore identifichi il modello concessorio esclusivamente per le operazioni di *project financing* cosiddette "calde", ovvero per quelle iniziative in cui la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario deriva dalla vendita dei servizi resi al mercato.

Al contrario per le opere cosiddette "fredde", ovvero quelle in cui la remunerazione dell'investimento deriva prevalentemente dal canone pagato dall'amministrazione, il Codice, all'articolo 180, sembra prediligere l'istituto del partenariato pubblico privato.

La norma, inoltre, ripropone le disposizioni già previste nel D.lgs. 163/2006 in tema di bancabilità (art. 144, commi 3-bis a 3-quater, lasciando inalterate le novità più recenti a favore dell'ottenimento del *closing* finanziario delle operazioni, quali, tra gli altri la risoluzione del contratto nel caso in cui il finanziamento non sia perfezionato entro ventiquattro mesi dalla sottoscrizione stessa.

Infine, si segnala l'inserimento, in sede di approvazione definitiva del provvedimento, della possibilità di procedere al riequilibrio del piano economico finanziario in caso di fatti non riconducibili al concessionario.

Valutazione associativa

La ripartizione netta tra l'istituto della concessione e quelli del partenariato pubblico privato come elemento distintivo delle caratteristiche contrattuali, appare artificioso e lontano dall'esperienza operata fino ad oggi. Successivamente ad una valutazione

della allocazione dei rischi, l'istituto giuridico da applicare sarà quello che meglio tiene conto delle caratteristiche progettuali e dei flussi di cassa attesi dell'iniziativa.

La norma stabilisce, inoltre, che l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al trenta per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.

L'ANCE esprime preoccupazione per la riduzione dell'eventuale contributo pubblico, inizialmente previsto al 50%, al 30% al costo dell'investimento, oltre il quale non sarebbe ammissibile il ricorso al contratto di concessione. Si ritiene che tale vincolo possa limitare notevolmente l'utilizzo dello strumento.

In merito poi alla possibilità di procedere al riequilibrio del piano economico finanziario in caso di fatti non riconducibili al concessionario può determinare incertezza ai fini della bancabilità delle operazioni. Occorre chiarire che la revisione del PEF deve essere garantita per tutti gli eventi non riconducibili al concessionario e stabiliti nella convenzione. In particolare, il riferimento è ai casi di sopravvenute disposizioni legislative (cosiddetto "change in law" e agli eventi di forza maggiore.

Art. 177 – Concessioni autostradali

Si prevede l'obbligo, per i titolari di concessioni autostradali di importo superiore a 150.000 euro, ed affidate senza gara, **di esternalizzare l'80 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture** di loro competenza; si prevede, altresì, un **periodo transitorio di adeguamento non superiore a 24 mesi**.

La verifica del rispetto del limite percentuale da parte dei soggetti preposti e dall'ANAC è effettuata annualmente, secondo modalità individuate dall'ANAC con linee guida da adottare entro 90 giorni.

Le situazioni di squilibrio devono essere riequilibrate entro l'anno successivo. Nel caso di reiterati squilibri per due anni consecutivi, il concedente applica **una penale pari al 10% dell'importo complessivo dei lavori** che avrebbero dovuto essere affidati con gara.

Valutazione associativa

Positiva, in linea con quanto auspicato da ANCE. La disposizione recepisce la posizione di compromesso individuata dal Parlamento nella legge delega. Fino all'entrata in vigore delle nuove norme (al massimo entro il 2018) continua a trovare attuazione l'attuale tetto al 60%.

PARTE IV: PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO E CONTRAENTE GENERALE

Art. 180 – Partenariato pubblico privato

La norma, al fine di qualificare i contratti di partenariato pubblico privato, chiarisce che i ricavi di gestione devono derivare dal canone riconosciuto dall'ente concedente e/o da ulteriori introiti derivanti dalla gestione del servizio purché permanga in capo all'operatore privato, oltre al rischio di costruzione, anche il rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, il rischio di domanda.

In questo caso, quindi, il legislatore sembra fare riferimento alle opere cosiddette "fredde".

Analogamente a quanto previsto per le concessioni, la norma stabilisce che l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al trenta per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.

In tema di bancabilità, la norma stabilisce che il contratto di finanziamento deve essere perfezionato entro 12 mesi dalla sottoscrizione del contratto, pena la risoluzione del contratto stesso. Vengono, quindi, escluse le misure a favore della bancabilità previste nel D.Lgs. 163/2006 e confermate per le concessioni.

Inoltre, in tema di bancabilità, risultano confermati anche per il PPP i rischi legati alla revisione del PEF per fatti non imputabili al concessionario riportati all'art. 165.

Valutazione associativa

Valgono le considerazioni riportate per l'art. 165.

Art. 183 – Finanza di progetto

La norma riprende in parte il contenuto dell'articolo 153 del d.lgs.163/2006, che disciplinava l'affidamento in finanza di progetto, prevedendo solo due procedure:

- la procedura a gara unica per lavori inclusi nella programmazione (commi 1-14).
- la procedura su iniziativa del promotore per lavori non inclusi nella programmazione (commi 15-20), con diritto di prelazione, come sollecitato dall'ANCE.

Valutazione associativa

L'ANCE ha accolto con favore la semplificazione procedurale proposta.

Art. 192 – Albo “In house”

È istituito presso l'ANAC l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società “in house”.

In linea con la legge delega, che ha previsto un rafforzamento dei presupposti legittimanti il ricorso all'*in house* (cfr. art1, comma 1, lett eee), viene introdotto **l'obbligo per le stazioni appalti di motivare le ragioni del mancato ricorso al mercato**, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche in termini di maggiore economicità della scelta di affidare “in house”.

Infine previsto l'obbligo per la stazione appaltante di pubblicare tutti gli atti connessi all'affidamento, nonché di valutare la congruità dell'offerta dei soggetti “in house”.

Valutazione associativa

Positiva, sostanzialmente in linea con quanto auspicato dall'ANCE.

Artt. da 194 a 199 – Contraente Generale

Tali articoli disciplinano l'istituto del **contraente generale**, ossia di un soggetto dotato di adeguata capacità organizzativa, tecnico organizzativa e finanziaria, a cui l'amministrazione affida la realizzazione con qualsiasi mezzo dell'opera, nel rispetto delle esigenze specificate nel progetto redatto dal soggetto aggiudicatore e posto a base di gara, a fronte di un corrispettivo pagato in tutto in parte dopo l'ultimazione dei lavori.

L'operatività di tale istituto, nelle previsioni del D.lgs. 163/2006, era prevista nell'ambito della disciplina sulla realizzazione delle infrastrutture strategiche.

In proposito, va segnalato che, come previsto dalla legge delega, **la Legge Obiettivo n. 443/2001, relativa alla realizzazione delle infrastrutture strategiche, viene abrogata.**

Il nuovo Codice, pertanto, prevede ora che si possa far ricorso all'affidamento unitario al contraente generale sia nella realizzazione di infrastrutture e di insediamenti produttivi (art. 200) sia nella locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità (art. 187).

Rispetto alla precedente normativa, **il contraente generale non provvede più alla direzione dei lavori**, in quanto è il soggetto aggiudicatore che nomina il direttore dei lavori e i collaudatori. Viene, altresì, previsto un costante monitoraggio dei lavori anche mediante un comitato permanente, costituito dai rappresentanti sia dell'amministrazione sia del contraente generale (art. 194, comma 3, lettera c).

Inoltre, non sussistendo più l'intervento del CIPE, vengono rimesse al soggetto aggiudicatore tutte le attività necessarie all'approvazione del progetto definitivo, ove detto progetto non sia stato posto a base di gara (art. 194, comma 3, lettera a).

Quanto all'affidamento a terzi dei lavori del contraente generale, viene confermata la previgente disciplina del D.lgs. 163/2006 che consente al soggetto privato

l'affidamento a terzi dei lavori nei limiti e alle condizioni previste per gli appaltatori di lavori pubblici.

Valutazione associativa

Positivo il superamento della Legge Obiettivo e del meccanismo di nomina del direttore dei lavori da parte del Contraente Generale

PARTE VI: DISPOSIZIONI FINALI E TRANSITORIE

Art. 204 – Rito camerale

La disposizione in commento modifica l'art. 120 del D.lgs. 104/2010 (Codice del processo amministrativo), introducendo, anzitutto, un **rito speciale camerale presso** il TAR per l'impugnazione del provvedimento che determina le esclusioni e le ammissioni alla procedura di gara, all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico professionali. Tali vizi sono immediatamente ricorribili entro 30 giorni. In caso di omessa impugnazione, è preclusa la facoltà di far valere l'illegittimità nei successivi atti della procedura di gara, anche con ricorso incidentale.

Valutazione associativa

In via generale, appare pienamente condivisibile l'introduzione di misure acceleratorie e deflattive del contenzioso. Nello specifico, tuttavia, l'introduzione di un rito camerale speciale con obbligo di impugnazione immediata dei vizi di legittimità attinenti l'ammissione di altri concorrente, all'esito della pubblicazione della lista dei concorrenti che possono presentare offerta, potrebbe comportare un aumento del contenzioso.

Ciò, laddove venisse interpretata nel senso di obbligare ad un'impugnazione immediata, da attivare prima e a prescindere dalla conoscenza della graduatoria delle offerte ammesse.

Art. 205 – Accordo bonario per i lavori

In merito al ricorso all'accordo bonario, si prevede la possibilità di attivare tale istituto laddove l'ammontare del contratto, per effetto delle riserve, possa variare tra **il 5% e il 15%** (l'art. 240 del D.lgs. 163/2006 prevedeva un minimo del 10%).

La procedura viene, inoltre, semplificata, prevedendo il ricorso eventuale ad un esperto, scelto da una lista di cinque soggetti proposti dalla Camera arbitrale, su richiesta dello stesso RUP. In mancanza di ricorso all'esperto esterno, la proposta di accordo viene formulata direttamente dal RUP.

Permane, infine, l'impossibilità di iscrivere riserve su aspetti progettuali validati.

Valutazione associativa

Positivo l'abbassamento della soglia di attivazione dal 10% (attuale) al 5%, in chiave deflattiva del contenzioso.

Negativo il mantenimento della norma "taglia riserve" su aspetti progettuali. Tale disposizione, infatti, determina una ingiustificata compressione del diritto soggettivo dell'appaltatore di far valere una domanda di maggior corrispettivo, di rimborso di spese sostenute o di risarcimento del danno, per errori non imputabili allo stesso, e che potrebbero, peraltro, dipendere anche da comportamenti illeciti dell'amministrazione.

Art. 207 – Collegio consultivo tecnico

Viene introdotto, sempre tra i rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale, l'istituto del **collegio consultivo tecnico, da costituire, con l'accordo delle parti, prima dell'avvio dell'esecuzione del contratto**, con la funzione di assistenza per la rapida risoluzione delle dispute di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso.

Il collegio, all'esito della propria attività, formula una proposta scritta di soluzione della controversia, che, ove accettata dalle parti, ha natura giuridica di transazione.

Valutazione associativa

Positiva.

Art. 211 – Pareri di precontenzioso dell'ANAC

Il Codice prevede la possibilità per l'ANAC di pronunciarsi in sede consultiva, entro 30 giorni, su questioni che possano insorgere nello svolgimento delle procedure di gara.

La procedura si attiva previa richiesta di parte e le vincola al rispetto di quanto stabilito dall'ANAC, laddove le stesse abbiano acconsentito, preventivamente, ad attenersi a quanto deciso (attualmente tale potere dell'autorità è previsto dall'art. 6 del Codice degli appalti). In ogni caso è possibile impugnare il parere d'innanzi agli organi di giustizia amministrativa ai sensi dell'art. 120 del Codice del processo amministrativo.

Se l'Autorità accerta che la procedura è viziata, invita la stazione appaltante ad agire in autotutela rimuovendo gli atti illegittimi entro 60 giorni.

Se la stazione appaltante non si adegua alle indicazioni dell'ANAC, il dirigente è soggetto alla sanzione amministrativa pecuniaria tra 250 e 25.000 euro, e tale sanzione incide sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti (v. sopra, art. 36 dello schema).

Valutazione associativa

Sostanzialmente positiva

Art. 212 – Cabina di Regia

È istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri una cabina di regia con una serie di compiti, tra i quali quello di sovrintendere, fra l'altro, lo stato di attuazione del codice e di coordinare l'adozione, da parte dei soggetti istituzionali competenti, degli atti attuativi previsti.

La Cabina si interfaccia anche con l'ANAC per la segnalazione di eventuali specifiche violazioni o problemi sistemici. La composizione e la modalità di funzionamento della cabina di regia saranno stabiliti con Decreto della Presidenza dei Ministri da adottare entro tre mesi dall'entrata in vigore del codice

Art. 213 – Autorità nazionale anticorruzione

Con il nuovo Codice, l'ANAC (Autorità nazionale anticorruzione) acquisisce nuovi poteri che si aggiungono a quelli ad essa già attribuiti dalla previgente normativa.

In generale, l'Anac diventa il principale organo di regolazione del mercato, preparando linee guida generali e di settore, oltre che determinazioni, bandi e contratti tipo o semplici atti di indirizzo, ciò a favore della promozione dell'efficienza e della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, favorendo lo sviluppo delle migliori pratiche.

A tale scopo, è previsto che l'ANAC adotti forme e metodi di consultazione, analisi e verifica dell'impatto della regolazione, consolidando, altresì, le linee guida in testi unici integrati, organici ed omogenei per materia, da pubblicare in Gazzetta Ufficiale (comma 2).

Peraltro, gli atti di regolazione ritenuti di maggior impatto dovranno essere trasmessi alle Camere immediatamente dopo la loro adozione.

A ciò si aggiungono ulteriori poteri strategici, a favore della trasparenza e della legalità, come, ad esempio, la verifica delle varianti, per controllare possibili distorsioni e abusi. Tra le novità spicca, inoltre, la gestione di tutte le banche dati pubbliche del settore, con l'esclusione dell'Avcpass, che passa al Ministero delle Infrastrutture.

In particolare, all'Autorità spetta, tra l'altro, la vigilanza:

- sui contratti pubblici anche di interesse regionale (comma 3, lettera a),
- sull'economicità di esecuzione dei contratti pubblici e sull'eventuale pregiudizio per il pubblico erario (comma 3, lettera b);
- sul sistema di qualificazione degli esecutori dei contratti pubblici di lavori – che peraltro gestisce - e l'esercizio dei correlati poteri sanzionatori (comma 3, lettera f)
- sul sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza, in sua gestione (comma 4);

- sul corretto di affidamento dei contratti, anche con riferimento all'applicazione della disciplina di deroga, riservata ai casi di somma urgenza e di protezione civile (comma 3, lettera g).

Nell'ambito dello svolgimento della propria attività, l'Autorità può disporre ispezioni con l'ausilio degli altri organi dello Stato e del Corpo della Guardia di finanza (comma 5) e poi segnalare eventuali rilievi alla Procura della Repubblica e alla Procura generale della Corte dei conti (comma 6).

Inoltre, nell'ambito dell'attività preventiva di tutela della legalità, l'ANAC può svolgere attività di vigilanza collaborativa, previa la stipulazione di protocolli d'intesa con le stazioni appaltanti richiedenti, con finalità di supporto nella predisposizione degli atti e nella gestione dell'intera procedura di gara (comma 3, lettera h).

La vigilanza ed il controllo sui contratti pubblici e l'attività di regolazione degli stessi, al fine di "prevenire e contrastare illegalità e corruzione" è altresì attuata attraverso il potere di segnalazione, al Parlamento ed al Governo, di fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o applicazione distorta della normativa di settore (comma 3, lettera c) e formula eventuali proposte di modifica normativa (comma 3, lettera d).

In quest'ambito, è, infine, prevista una collaborazione con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per la rilevazione dei comportamenti aziendali meritevoli di valutazione per l'attribuzione del cd. "rating di legalità" (comma 7).

Sotto un profilo strettamente economico e sanzionatorio, fatta salva la possibilità di chiedere contribuzioni ai soggetti, pubblici e privati, sottoposti alla sua vigilanza (comma 12), è confermato in capo all'ANAC il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti di soggetti che (comma 13):

- a) rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o esibire i documenti da essa richiesti;
- b) non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento;
- c) forniscono informazioni o documenti non veritieri a fronte di richiesta dell'autorità;
- d) forniscono alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti di qualificazione.

Dal punto di vista gestionale, infine, oltre alla qualificazione delle stazioni appaltanti, spetta all'ANAC, il compito di istituire e gestire la Camera arbitrale per i contratti pubblici (comma 11), l'Albo Nazionale obbligatorio dei componenti delle Commissioni giudicatrici, l'elenco delle stazioni appaltanti che operano mediante affidamenti diretti nei confronti delle proprie società *in house* nonché, nell'ambito dell'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti, l'elenco dei soggetti aggregatori (comma 16).

Artt. 216 e 217 – Ambito temporale di applicazione, regime transitorio e abrogazioni

Al primo comma dell'art. 216, è chiarito che le disposizioni del nuovo Codice, se non diversamente previsto, si applicano:

- a. alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi siano stati pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del Codice,
- b. nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrare in vigore del Codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte.

Con riguardo **agli appalti “sotto soglia”**, fino all'adozione delle linee guida sugli appalti (articolo 36, comma 7), le stazioni appaltanti procedono all'individuazione degli operatori economici tramite indagini di mercato effettuate dalla stazione appaltante, previa la pubblicazione di un avviso, ovvero mediante selezione dai vigenti elenchi di operatori economici utilizzati dalle stazioni appaltanti, se compatibili con il presente Codice (comma 9).

Inoltre, nel regime transitorio, è specificato che, fino all'entrata in vigore del sistema di qualificazione di cui all'art. 38, **la semplice iscrizione all'anagrafe delle stazioni appaltanti, soddisfa i requisiti di qualificazione delle stesse** (comma 10).

Sotto un diverso profilo, sempre di interesse delle stazioni appaltanti, **nel regime transitorio del Codice**, è esplicitato che, fino al 31 dicembre 2016, o comunque fino alla data fissata **del decreto di riordino sulla materia** (di cui all'art 73, comma 4), l'aggiudicatario dovrà sostenere **le spese di pubblicazione dei bandi e degli avvisi di gara relativi a lavori di importo pari o superiore a 500.000 euro, in Gazzetta Ufficiale**. Al contempo, e fino al **31 dicembre 2016**, occorrerà procedere alla **pubblicazione degli avvisi e dei bandi per estratto, su almeno due dei principali quotidiani a diffusione nazionale**, nonché su almeno due a maggiore diffusione locale nel luogo ove si eseguono i contratti.

Infine, per quanto riguarda i **commissari da nominare nelle gare aggiudicate con il criterio dell'OEPV basato sul miglior rapporto qualità/prezzo**, si ricorda che, come già evidenziato, fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo (art. 78), la commissione giudicatrice continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto (comma 12).

Nel regime transitorio è altresì disciplinata **la qualificazione delle imprese**, da attuare nell'attesa che vengano adottate dall'ANAC le linee guida in materia di lavori. In particolare, la disposizione transitoria ripropone buona parte del Regolamento per la disciplina, ai fini dell'ottenimento della SOA e della qualificazione alle gare per importi inferiori a 150.000 mila euro, nonché per quella dei raggruppamenti temporanei (comma 16).

Pertanto, le **attestazioni** che verranno rilasciate dalle SOA nel periodo compreso tra l'entrata in vigore del Codice e l'adozione delle linee guida sulla qualificazione, seguiranno ancora la disciplina del Regolamento 207/2010, con riferimento ai requisiti maturati dall'operatore economico nell'ultimo quinquennio (il decennio di riferimento per i requisiti di qualificazione era, infatti, contenuto nell'abrogato D.lgs. 163/2006 e non nel Regolamento).

Al riguardo, si evidenzia che fino alla data di entrata in vigore del decreto MIT di cui all'articolo 89, comma 11, continuano ad applicarsi le disposizioni che individuano le categorie super-specialistiche e a qualificazione obbligatoria di cui all'articolo 12 del D.L. 47/2014, convertito, con modificazioni, dalla L. 80/2014 (comma 15).

Quanto alle **abrogazioni**, il codice prevede al superamento dell'impianto normativo in materia dei contratti pubblici su cui hanno inciso, specie negli ultimi anni, numerosi interventi normativi, che non sempre si sono configurati come novelle al Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006.

In particolare, come previsto dal comma 4 della delega, le abrogazioni comprendono, anzitutto, **il decreto legislativo n. 163 del 2006 e il Regolamento di attuazione ed esecuzione di tale decreto, ossia il D.P.R. n. 207 del 2010**, nei termini di seguito riportati.

Con riferimento all'abrogazione del D.lgs. n. 163/2006, vengono **meno anche le proroghe al 31 luglio 2016, da ultimo operate dal cd D.I. "Milleproroghe 2016"** di alcune disposizioni, quali :

- 1) **esclusione automatica** per le offerte anomale per gli appalti **fino a soglia comunitaria**;
- 2) possibilità di utilizzare **il decennio antecedente** la data di sottoscrizione del contratto con la SOA **per il computo dei requisiti di qualificazione**;

Quanto alle disposizioni del regolamento D.P.R. 207/2010, le stesse sono abrogate in base alla seguente **suddivisione temporale**:

- 1) **con effetto dalla data di entrata in vigore degli atti attuativi del nuovo Codice**, i quali operano una ricognizione delle disposizioni del Regolamento da esse sostituite;
- 2) **dalla data di entrata in vigore del Codice (19 aprile 2016)**: la Parte I; la Parte II, Titolo I, capo II; la Parte II, Titolo II, capo II; la Parte II, Titoli IV e V, VI, VII, VIII; la Parte II, Titolo IX Capo III; parte II, Titolo XI, Capo III, ad esclusione dell'articolo 251; la Parte III ad esclusione degli articoli 254, 255 e 256; le Parti IV, V e VII, nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamati.

Con tale disciplina transitoria, **in tema di qualificazione**, si osserva che viene abrogato anche l'articolo 357 del Regolamento, compreso nella Parte VII, nel quale sussistono diverse norme, che consentono, ad es. di utilizzare i migliori cinque anni su dieci per gli appalti di importo superiore a venti milioni, oppure di mantenere un direttore tecnico in deroga, laddove già iscritto nell'albo nazionale dei costruttori, indipendentemente dal titolo professionale posseduto nonché le norme sulla suddivisione in percentuali specifiche della categoria OG 11.

Tali disposizioni sono peraltro riportate nel "Manuale sulla qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro" adottato a fine 2014 dall'ANAC e recentemente modificato (cfr. Comunicato – datato 9 marzo 2016., pubblicato in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 84 dell'11.4.2016) riguardo al quale manca una ricognizione delle norme "compatibili" con il nuovo Codice.

Considerata la complessità sottesa al progressivo abbandono del D.P.R. 207/2010, il Codice affida alla **Cabina di regia** la cura, anche adottando un apposito piano di azione, della fase di attuazione del Codice coordinando l'adozione, da parte dei soggetti competenti, di decreti e linee guida, nonché della loro raccolta in testi unici integrati, organici e omogenei, al fine di assicurarne la tempestività e la coerenza reciproca (art. 212, comma 1, lett. b).

Valutazione associativa

Il sistema transitorio appare implementato rispetto alle versioni precedenti e in questo senso notevolmente migliorato.

In particolare, si prevede un'abrogazione progressiva di alcune parti del regolamento, a decorrere dall'adozione degli atti attuativi, ma anche una abrogazione immediata di alcune parti dello stesso.

Sarebbe stato preferibile, forse, considerare un periodo ben determinato e contenuto di temporanea ultra vigenza della disciplina codicistica e regolamentare, decorso il quale fare entrare in vigore il nuovo Codice, compresi i relativi atti attuativi medio tempore adottati.

Si auspica che l'impianto generale del transitorio non evidenzi vuoti normativi che solo la prima fase applicativa potrà far emergere.