

Gli appalti pubblici dopo la conversione del Decreto “Sblocca-cantieri”

Decreto Legge 18 aprile 2019 n. 32

Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l’accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici

- RITENUTA la **straordinaria necessità e urgenza** di emanare disposizioni volte a favorire la crescita economica e a dare impulso al sistema produttivo del Paese, mediante l'adozione di misure volte alla **semplificazione del quadro normativo e amministrativo** connesso ai pubblici affidamenti, concernenti, in particolare, la disciplina dei contratti pubblici;
- CONSIDERATA l’urgente necessità di operare in termini di maggiore **semplificazione ed accelerazione** per l’affidamento dei contratti pubblici, garantendo, al contempo, i necessari parametri di imparzialità e trasparenza nello svolgimento delle relative procedure;
- CONSIDERATA, altresì, la **straordinaria necessità e urgenza di semplificare** le procedure di approvazione dei progetti al fine di pervenire al celere utilizzo delle risorse finanziarie destinate all’esecuzione di interventi infrastrutturali indifferibili;
- RITENUTA la straordinaria necessità ed urgenza di far fronte ai problemi di coordinamento tra la disciplina del Codice dei contratti pubblici e le disposizioni normative in tema di fallimento, concordato preventivo, amministrazione controllata e liquidazione coatta amministrativa delle imprese, nell’ottica di fornire adeguata tutela alle attività imprenditoriali in momentanea sofferenza, garantendo, al contempo, la salvaguardia degli interessi erariali

Procedura di infrazione comunitaria

Commissione UE - Procedura di infrazione n. 2018/2273

Con lettera della Commissione Europea del 24/01/2019, indirizzata al Ministro degli Affari esteri e della Cooperazione internazionale, si evidenzia la “mancata conformità del quadro giuridico italiano alle Direttive del 2014 in materia di contratti pubblici, vale a dire la Direttiva 2014/23/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, la Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici e la Direttiva 2014/25/UE sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali”.

Attraverso il decreto legge cd. “sblocca cantieri”, dunque, il legislatore italiano ha introdotto, con uno strumento motivato (solo nella forma però) dalla necessità ed urgenza, delle sostanziali modifiche al Codice dei contratti pubblici con l’obiettivo primario di superare la procedura di infrazione comunitaria ed evitare l’intervento della Corte di Giustizia europea.

E’ stato così emanato un vero e proprio decreto omnibus contenente disposizioni molteplici che diventa in sostanza un decreto correttivo del Codice e ciò in contrasto con la previsione che imponeva un solo correttivo al D.Lgs. n. 50/2016.

Problemi di legittimità costituzionale

L'art. 77 della Costituzione consente al Governo di emanare atti con forza di legge (senza previa delega del Parlamento), solo in casi eccezionali, caratterizzati da straordinaria necessità e urgenza che non si ravvisano nel caso di specie.

Non vi sono nemmeno palesi ragioni che possano giustificare l'utilizzo dello strumento del Decreto-Legge vista l'assenza di circostanze straordinarie.

Il Decreto è inoltre sprovvisto di organicità in quanto risponde a ratio e finalità non univoche.

Si profilano pertanto dubbi di legittimità costituzionale (per una recente rimessione alla Corte Costituzionale di un decreto legge convertito in legge ma adottato in assenza dei presupposti dell'urgenza e dell'omogeneità dell'intervento normativo cfr. TAR Lazio, Sez. III, ordinanza 16 aprile 2019, n. 4930 (Pres. De Michele, Rel. Blanda)).

Legge 14 giugno 2019, n. 55 (in G.U. n. 140 del 17/06/2019)

ART. 1 Legge di conversione

1. Il Decreto-Legge 18 aprile 2019, n. 32, recante disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici, è convertito in legge con le modificazioni riportate in allegato alla presente legge.
- 2. Restano validi gli atti e i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base dell'articolo 1 del medesimo Decreto-Legge 18 aprile 2019, n. 32.**
3. La presente legge entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.

Entrata in vigore della legge di conversione: 18 giugno 2019

Finestre temporali

Entrata in vigore delle modifiche introdotte dalla legge di conversione n. 55/2019

Art. 1 comma 21. Le disposizioni di cui al comma 20 si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi, con i quali si indice una gara, sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente Decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte o i preventivi.

DUNQUE LE NORME INTRODOTTE CON LA LEGGE DI CONVERSIONE SI APPLICANO ALLE PROCEDURE I CUI BANDI O AVVISI SIANO PUBBLICATI A PARTIRE DAL 18 GIUGNO 2019 MENTRE IN CASO DI PROCEDURE SENZA PUBBLICAZIONE (SI PENSI A RDO) SI FARA' RIFERIMENTO ALLA DATA DI INVIO (DEGLI INVITI A PRESENTARE OFFERTE AD ESEMPIO).

Dal momento per che la Legge di conversione ha introdotto numerose modifiche al decreto Sblocca appalti è fondamentale tenere in considerazione quanto espresso dall'art. Art. 1 comma 2 della Legge medesima ovvero che **"Restano validi gli atti e i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base dell'articolo 1 del medesimo Decreto-Legge 18 aprile 2019, n. 32."**

DUNQUE SE UNA AMMINISTRAZIONE HA PUBBLICATO UN BANDO DI GARA O INVIATO L'INVITO TRA LA DATA DEL 19 APRILE 2019 E QUELLA DEL 17 GIUGNO 2019 TROVERANNO APPLICAZIONE LE NORME DEL DECRETO SBLOCCA CANTIERI E CIO' IN VIRTU' DELL'APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO TEMPUS REGIT ACTUM APPLICATO DALLA LEGGE DI CONVERSIONE CON L'ART. 1 COMMA 2.

CIO' OVVIAMENTE COMPORTERA' NUMEROSI PROBLEMI APPLICATIVI (INVERSIONE PROCEDIMENTALE, SOTTO SOGLIA, SUBAPPALTO).

Avv. Samantha Battiston

Le modifiche introdotte dalla legge di conversione rispetto allo decreto sblocca cantieri.

L'art. 1 del DL (oggi recante «*Modifiche al codice dei contratti pubblici e sospensione sperimentale dell'efficacia di disposizioni in materia di appalti pubblici e in materia di economia circolare*») è stato oggetto di una integrale riscrittura e, in particolare, prevede:

- la sospensione temporanea (fino al dicembre 2020) di alcune disposizioni, che il DL aveva eliminato;
- l'introduzione di prescrizioni con applicazione limitata temporalmente;
- la modifica di alcune disposizioni del d.lgs. n. 50/2016.

Il nuovo art. 1 del DL convertito prevede che, nelle more della riforma complessiva del settore, fino al 31 dicembre 2020 non trovano applicazione, a titolo sperimentale, alcune norme del Codice dei contratti pubblici

Si prevede inoltre che entro il 30 novembre 2020 il Governo presenti alle Camere una relazione sugli effetti della sospensione per gli anni 2019 e 2020, al fine di consentire al Parlamento di valutare l'opportunità del mantenimento o meno della sospensione stessa.

Ciò in previsione della riscrittura del codice dei contratti pubblici prevista per il 2021.

Il Regolamento unico

Legge di conversione

Art. 1

20. Al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, sono apportate le seguenti modificazioni:

gg) all'articolo 216:

4) dopo il comma 27-septies è aggiunto il seguente:

27-octies. Nelle more dell'adozione, **entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione**, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, lettere a) e b), della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, di **un regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del presente codice, le linee guida e i decreti adottati in attuazione delle previgenti disposizioni di cui agli articoli 24, comma 2, 31, comma 5, 36, comma 7, 89, comma 11, 111, commi 1 e 2, 146, comma 4, 147, commi 1 e 2 e 150, comma 2, rimangono in vigore o restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al presente comma, in quanto compatibili con il presente codice e non oggetto delle procedure di infrazione nn. 2017/2090 e 2018/2273. Ai soli fini dell'archiviazione delle citate procedure di infrazione**, nelle more dell'entrata in vigore del regolamento, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e l'ANAC sono autorizzati a modificare rispettivamente i decreti e le linee guida adottati in materia.

(ad esempio, le Linee guida n.6 non sono ancora state aggiornate alla nuova disciplina dei gravi illeciti professionali per cui dovranno essere applicate solo laddove siano compatibili con le nuove norme)

Il regolamento unico regolamenterà alcune materie ma non tutte

Art. 1

20. Al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, sono apportate le seguenti modificazioni:

gg) all'articolo 216: ... 4) dopo il comma 27-septies è aggiunto il seguente:

.... Il regolamento reca, in particolare, disposizioni nelle seguenti materie:

- a) nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento;
- b) progettazione di lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto;
- c) sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali;
- d) procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie (oggetto delle Linee Guida n. 4);
- e) direzione dei lavori e dell'esecuzione;
- f) esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali;
- g) collaudo e verifica di conformità;
- h) affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici (oggi regolamentate dalle linee guida n. 1);
- g) lavori riguardanti i beni culturali.

A decorrere dalla data di entrata in vigore del regolamento cessano di avere efficacia le linee guida di cui all'articolo 213, comma 2, vertenti sulle materie indicate al precedente periodo nonché quelle che comunque siano in contrasto con le disposizioni recate dal regolamento.

Criticità

Per il periodo che sarà necessario per la approvazione del Regolamento unico l'effetto immediato della modifica del Codice Appalti è quella di creare un **sistema transitorio ancora più incerto e inestricabile per amministrazioni e imprese**, in contrasto con le esigenze di una legislazione stabile.

Tale periodo previsto dalla Legge in 180 giorni è prevedibile che sarà ben più lungo perché lo strumento scelto per l'emanazione del Regolamento è quello del Decreto del Presidente della Repubblica che presuppone un iter procedimentale medio lungo (interventi delle competenti commissioni parlamentari fino al parere del Consiglio di Stato, ai quali si aggiungono, per espressa previsione normativa, i pareri della Conferenza Unificata).

Dunque nelle more sarà necessario individuare le norme di soft law (decreti ministeriali e Linee Guida ANAC) ancora compatibili con il nuovo impianto normativo, verificare la loro compatibilità con le norme comunitarie (facendosi riferimento alla procedura di infrazione comunitaria) e disapplicare quelle in contrasto con le nuove norme.

Dopo l'approvazione del Regolamento, inoltre, rimarranno in essere comunque le Linee Guida ANAC nelle materie che non sono oggetto di riserva normativa e che, dunque, non saranno oggetto di regolamento. Non è previsto che il Regolamento si occupi, ad esempio, del tema di grave illecito professionale (oggetto delle linee guida ANAC n. 6) o del tema dei sistemi di monitoraggio da applicare in caso di partenariati pubblico-privati (linee guida ANAC n. 9).

A complicare la situazione, si prevede che l'entrata in vigore del Regolamento, oltre a fare cessare l'efficacia delle Linee Guida vertenti sulle materie espressamente indicate, renderà inefficaci anche quelle Linee Guida che siano “comunque in contrasto con le disposizioni recate dal Regolamento”.

Avv. Samantha Battiston

Segue. Criticità

Inoltre il Decreto Sblocca-Cantieri (e conseguentemente la Legge di conversione) non dispone nulla in ordine al potere dell'ANAC di predisporre Linee Guida, **non vincolanti**, allo scopo di garantire “la promozione dell’efficienza, della qualità dell’attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche” (l’art. 213 comma 2 Codice Appalti ancora in vigore).

Rimane dunque invariato il potere dell'ANAC di regolamentare, seppure mediante **provvedimenti non vincolanti**, materie ritenute particolarmente sensibili. E, a maggior ragione, rimangono valide le Linee Guida non vincolanti già approvate, se non si occupano di materie oggetto del Regolamento Unico.

Appalto integrato - sospensione fino al 31/12/2020

Legge di conversione

Art. 1: fino al 31 dicembre 2020, non trovano applicazione, a titolo sperimentale, le seguenti norme del codice dei contra; pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n 50:

b) articolo 59, comma 1, quarto periodo, nella parte in cui resta vietato il ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori;

Art. 59 (Scelta delle procedure e oggetto del contratto)

1..... E' vietato il ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori ad esclusione dei casi di affidamento a contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico privato, contratto di disponibilità, locazione finanziaria, nonché delle opere di urbanizzazione a scomputo di cui all'articolo 1, comma 2, lettera e)

Il Decreto legge aveva abrogato il divieto di appalto integrato mentre la legge di conversione si limita a sospendere.

Viene inoltre eliminata di fatto la modifica che il DL aveva introdotto al comma 4 bis, secondo periodo, dell'art. 216 del Codice dei contratti pubblici, con il quale era stato reintrodotta in via transitoria la possibilità di appalto integrato per le opere i cui progetti definitivi fossero stati approvati entro il 31/12/2020, con pubblicazione del bando entro i successivi 12 mesi essendo sospeso il divieto di appalto integrato

Appalto integrato - requisiti minimi

Legge di conversione

Art. 1

20. Al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, sono apportate le seguenti modificazioni:

m) all'articolo 59:

1) **al comma 1-bis**, dopo il primo periodo è aggiunto, in fine, il seguente: **“I requisiti minimi per lo svolgimento della progettazione oggetto del contratto sono previsti nei documenti di gara nel rispetto del presente codice e del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies; detti requisiti sono posseduti dalle imprese attestate per prestazioni di sola costruzione attraverso un progettista raggruppato o indicato in sede di offerta, in grado di dimostrarli, scelto tra i soggetti di cui all'articolo 46, comma 1; le imprese attestate per prestazioni di progettazione e costruzione documentano i requisiti per lo svolgimento della progettazione esecutiva laddove i predetti requisiti non siano dimostrati dal proprio staff di progettazione.”**

2) dopo il comma 1-ter è inserito il seguente:

“1-quater. Nei casi in cui l'operatore economico si avvalga di uno o più soggetti qualificati alla realizzazione del progetto, la stazione appaltante indica nei documenti di gara le modalità per la **corresponsione diretta al progettista della quota del compenso corrispondente agli oneri di progettazione indicata espressamente in sede di offerta, al netto del ribasso d'asta, previa approvazione del progetto e previa presentazione dei relativi documenti fiscali del progettista indicato o raggruppato**

Appalto integrato - Criticità

Il legislatore con la legge di conversione ha sospeso solo l'applicabilità del penultimo periodo dell'art. 59 primo comma mentre rimane vigente la previsione precedente nella parte che prevede: **Fatto salvo quanto previsto al comma 1-bis (ndr casi particolari in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori), gli appalti relativi ai lavori sono affidati, ponendo a base di gara il progetto esecutivo, il cui contenuto, come definito dall'articolo 23, comma 8, garantisce la rispondenza dell'opera ai requisiti di qualità predeterminati e il rispetto dei tempi e dei costi previsti.**

Inoltre la sospensione è prevista solo fino al 31/12/2020 ovvero un arco temporale più ristretto rispetto a quello previsto dallo Sblocca Cantieri che fino al 31/12/2020 richiedeva semplicemente che si provvedesse all'approvazione della progettazione definitiva e consentiva di affidare l'appalto entro un ulteriore anno da tale data.

Infine manca una disposizione di attuazione per cui si creano problematiche connesse ai tempi dell'avvio della progettazione esecutiva (prima o dopo la sottoscrizione del contratto? Quali varianti si possono introdurre? Con quali tempistiche si deve procedere al pagamento del progettista?).

Inoltre non è stato modificato nemmeno l'art. 59 comma primo ter ove prevede che “Il ricorso agli affidamenti di cui al comma 1-bis deve essere motivato nella determina a contrarre. Tale determina chiarisce, altresì, in modo puntuale la rilevanza dei presupposti tecnici ed oggettivi che consentono il ricorso all'affidamento congiunto e l'effettiva incidenza sui tempi della realizzazione delle opere in caso di affidamento separato di lavori e progettazione”

Appalto integrato - ANAC

ANAC: Le scelte operate dal D.L. n. 32/2019 in materia di progetto azione destano perplessità circa il concreto perseguimento dell'obiettivo di semplificazione indicato. La scelta di introdurre all'art. 24 del Codice il nuovo comma 3 bis che **estende anche alle manutenzioni straordinarie la possibilità di affidamento sulla base della sola progettazione definitiva e senza limite di importo, al pari delle manutenzioni ordinarie, incrementa il rischio criticità in fase esecutiva e il ricorso a varianti, data l'evidente differenza tra le due tipologie di manutenzione e la maggiore complessità delle prime.** L'attribuzione della progettazione esecutiva all'aggiudicatario ha mostrato, già nel previgente sistema poi riformato dal D.Lgs. n. 50/2016, manifesti limiti in termini di incremento dei costi di partecipazione alle gare per gli operatori economici (predisposizione del progetto esecutivo in fase di gara); nessuna riduzione significativa del ricorso alle varianti in corso d'opera; nessuna riduzione del contenzioso amministrativo; negativa incidenza sulla qualità dei lavori. A fronte delle note criticità dell'istituto dell'appalto integrato il D.L. n. 32/2019 non introduce elementi di temperamento idonei ad escludere che le stesse si ripresentino, quale la promozione ed incremento della competenza e della qualificazione delle stazioni appaltanti.

Per effetto della reintroduzione dell'appalto integrato troverà, inoltre, consistente mitigazione l'utilizzo del criterio del prezzo più basso e ciò in controtendenza con gli stessi obiettivi del D.L. n. 32/2019. Infine, anche la scelta di rimettere alle stazioni appaltanti, anziché al CIPE, l'approvazione delle varianti fino al 50% è idonea a ridurre sensibilmente il controllo sulla fase di esecuzione, alla luce di tutto quanto sopra rilevato.

Albo dei commissari - sospensione fino al 31/12/2020

Legge di conversione

Art. 1: fino al 31 dicembre 2020, **non trovano applicazione**, a titolo sperimentale, le seguenti norme del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50:

c) articolo 77, comma 3, quanto all'obbligo di scegliere i commissari tra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) di cui all'articolo 78, fermo restando l'obbligo di individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza, preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante.

Non troveranno applicazione le linee guida n. 5 “Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio”.

Trova quindi ancora applicazione il regime transitorio di cui all'art. 216, comma 12

Art. 216 (Disposizioni transitorie e di coordinamento)

12. Fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo di cui all'articolo 78, la commissione continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, **secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante.** Fino alla piena interazione dell'Albo di cui all'articolo 78 con le banche dati istituite presso le amministrazioni detentrici delle informazioni inerenti ai requisiti dei commissari, le stazioni appaltanti verificano, anche a campione, le auto dichiarazioni presentate dai commissari estratti in ordine alla sussistenza dei requisiti dei medesimi commissari. Il mancato possesso dei requisiti o la dichiarazione di incompatibilità dei candidati deve essere tempestivamente comunicata dalla stazione appaltante all'ANAC ai fini della eventuale cancellazione dell'esperto dall'Albo e la comunicazione di un nuovo esperto.

Presidente della commissione

Dunque vista la sospensione dell'obbligo di ricorrere all'albo dei commissari troverà applicazione l'art. 216 comma 12 del Codice per cui **il Presidente della Commissione Giudicatrice deve essere interno alla stazione appaltante come ha ribadito il Consiglio di Stato, Sez. V , 04.06.2019 , n. 3750.**

Tale sentenza dopo aver affermato la validità dell'articolo 216 comma 12 del Codice richiama la circolare n. 21625 del 23 novembre 2016 adottata dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti secondo la quale, per le procedure da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: “il Presidente è di norma il dirigente amministrativo o altro dirigente della Stazione Appaltante”.

Inoltre, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale: **“Il Presidente deve essere interno alla stazione appaltante. La norma, che intende realizzare la duplice finalità di contenere la spesa pubblica e la trasparenza nel governo della procedura, introduce una regola che non ammette eccezioni”**(cfr., fra le tante, Cons. Stato, sez. III, 16 aprile 2018, n. 2257).

Commissione di gara: art. 77 D.Lgs. n. 50/2016

La legge di conversione sospende unicamente l'applicabilità dell'art. 77 comma terzo in via sperimentale e fino al 31/12/2020 ma continueranno a trovare applicazione le altre norme contenute in detto articolo.

Dunque troverà applicazione l'**art. 77 comma quarto** e alla luce degli orientamenti giurisprudenziali più recenti il dirigente che approva gli atti di gara (ma che non li ha redatti materialmente) potrà essere presidente della Commissione. L'incompatibilità di cui all'art. 77 Codice Appalti si applica solo ai funzionari che hanno redatto materialmente gli atti di gara

L'art. 77, comma 4, del D. Lgs. n. 50/2016 stabilisce l'incompatibilità generale tra la posizione di membro della commissione e l'aver avuto incarichi precedenti rispetto alla procedura in corso. Si statuisce che “i commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”.

Tale norma ha la funzione di assicurare la separazione fra la fase di preparazione della documentazione di gara e quella di valutazione delle offerte, garantendo la neutralità del giudizio dei commissari. Ne consegue che essa, secondo i Giudici amministrativi può trovare applicazione solo ai casi in cui sia dimostrato concretamente che il funzionario abbia effettivamente assunto compiti precisi e partecipato alla stesura degli atti di gara potendo così influenzare il giudizio sulle offerte (Consiglio di Stato, 27/02/2019 n. 1387).

Per il Consiglio di Stato (sentenza n. 695/2018) la sottoscrizione, da parte del dirigente, della deliberazione a contrarre o degli atti di gara non può di per sé implicare alcuna incompatibilità ex art. 77, comma 4, D. Lgs. n. 50/2016, rilevando invece il dato sostanziale della concreta partecipazione alla redazione degli atti di gara, ovvero la materiale predisposizione degli stessi.

Secondo la citata giurisprudenza, per predisposizione materiale del capitolato deve intendersi “non già un qualsiasi apporto al procedimento di approvazione dello stesso, quanto piuttosto una effettiva e concreta capacità di definirne autonomamente il contenuto, con valore univocamente vincolante per l'amministrazione ai fini della valutazione delle offerte, così che in definitiva il suo contenuto prescrittivo sia riferibile esclusivamente al funzionario”.

Avv. Samantha Battiston

Subappalto: lo sbloccacantieri

Il D.L. Sblocca cantieri ha abrogato (quindi per le gare dal 19 aprile al 17 giugno) il comma 6 dell'art. 105, che imponeva all'operatore economico l'obbligo di indicare la terna dei subappaltatori già in sede di presentazione dell'offerta.

Tale obbligo era oggetto della procedura di infrazione comunitaria in quanto secondo la Commissione Europea, la previsione di un siffatto obbligo generalizzato, operativo anche nel caso in cui l'offerente necessiti di meno di tre subappaltatori o addirittura nell'ipotesi in cui non intenda avvalersene affatto, viola il principio UE di proporzionalità di cui all'art. 18, paragrafo 1 della Direttiva 2014/24/UE.

Il D.L. ampliava inoltre le possibilità di ricorso all'istituto del subappalto, eliminando il divieto di avvalersi del subappaltatore che abbia preso parte, in qualità di offerente, alla procedura per l'affidamento dell'appalto medesimo.

Era altresì previsto il pagamento diretto “generalizzato” del subappaltatore previa richiesta.

Subappalto deroga fino al 31/12/2020

Legge di conversione

Art. 1

18. Nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, **fino al 31 dicembre 2020**, in deroga all'articolo 105, comma 2, del medesimo codice, fatto salvo quanto previsto dal comma 5 del medesimo articolo 105, il subappalto è indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara e non può superare la quota del 40 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.

Fino alla medesima data di cui al periodo precedente, sono altresì **sospese**

- l'applicazione del comma 6 dell'articolo 105 e (terna dei subappaltatori);
- del terzo periodo del comma 2 dell'articolo 174, ove prevede che gli operatori economici indichino in sede di offerta le parti del contratto di concessione che intendono subappaltare a terzi;
- nonchè le verifiche in sede di gara, di cui all'articolo 80 del medesimo codice, riferite al subappaltatore.

Subappalto: la legge di conversione

La legge di conversione torna ancora indietro e ripristina la applicazione del comma 6 dell'articolo 105 sull'obbligo di indicare la terna (anche con riferimento alle concessioni) e impone di nuovo le verifiche in sede di gara, di cui all'articolo 80 del medesimo codice, riferite al subappaltatore SOSPENDENDO PERO' l'applicazione di tali norme fino al 31/12/2020.

Allo stesso tempo ripristina il divieto del subappaltatore di partecipare alla gara e il pagamento diretto al subappaltatore per lo stesso arco temporale.

La soglia del subappalto è stata incrementata rispetto alla formulazione originaria del codice (30% massimo) ma abbassata rispetto a quella dello sblocca cantieri (50%).

Tale innalzamento non è comunque idoneo a superare le criticità esposte dalla Commissione Europea nell'ambito della procedura di infrazione avviata nei confronti dell'Italia. Ad avviso della Commissione Europea, l'incompatibilità della disposizione che limita il ricorso all'istituto del subappalto sussiste in quanto il Legislatore delegato, ponendo limiti di carattere astratto e generalizzato, eccede le possibilità di restrizione riconosciute alle stazioni appaltanti dall'art. 63, paragrafo 2 della direttiva europea 2014/24/UE.

Subappalto: criticità

Un prima criticità è legata alla previsione a detta della quale il subappalto è indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara.

Si potrebbe in effetti presentare la problematica nel caso non ci sia pubblicazione di un bando di gara ad esempio in caso di procedura negoziata. Deve trovare applicazione la disposizione del Codice nel silenzio del legislatore?

La Stazione appaltante deve indicare. Quindi si deve desumere che il subappalto è sempre concesso ma l'amministrazione potrà decidere entro il limite del 40% quale soglia di subappalto sia consentita.

Il legislatore ha inoltre perso l'occasione di regolamentare l'ambito di applicazione dei contratti continuativi di cooperazione che non costituiscono subappalto.

Altro nodo controverso in giurisprudenza e che meritava un intervento legislativo è quello del cd. subappalto necessario quando il concorrente è sprovvisto della qualificazione per eseguire una determinata prestazione e si poneva il problema se dovesse o meno essere incluso nella terna (il Consiglio di Stato nel 2015 ha ritenuto non necessario ma successivamente si è avuto un ripensamento).

Inversione procedimentale

Legge di conversione

Art. 1

3. Fino al 31 dicembre 2020 si applica anche ai settori ordinari la norma prevista dall'articolo 133, comma 8, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, per i settori speciali.

20. Al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, sono apportate le seguenti modificazioni:

h) all'art. 36:

4) il comma 5 è abrogato;

Rispetto al decreto ante conversione, **la c.d. inversione procedimentale viene consentita fino al 31/12/2020 nelle procedure aperte, sia sopra che sotto soglia**

Il testo dell'art. 133, comma ottavo del Codice è però quello anteriore al decreto (la legge di conversione non ha confermato la novella del decreto)

Art. 133 comma 8: “Nelle **procedure aperte**, gli enti aggiudicatori **possono decidere** che le offerte saranno esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata se specificamente **prevista nel bando di gara o nell'avviso con cui si indice la gara**. Se si avvalgono di tale possibilità, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che **nessun appalto sia aggiudicato a un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 136 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice**.

Non si prevede il ricalcolo della soglia di anomalia e deve applicarsi l'art. 95, comma 15 del Codice (cristallizzazione della soglia di anomalia dopo la fase di ammissione) con rischio di offerte di appoggio

Inversione procedimentale

L'ANAC aveva aspramente criticato la norma sull'inversione procedimentale introdotta dallo sblocca cantieri affermando che la stessa, oltre a non essere coerente con un sistema di aggiudicazione al prezzo più basso con esclusione automatica delle offerte anomale che calcola la soglia di anomalia sulla base delle offerte ammesse, implica l'appesantimento procedurale del secondo calcolo della soglia di anomalia, favorisce l'aumento del contenzioso e lascia margini per manovre in grado di condizionare gli esiti dell'affidamento, in sede di soccorso istruttorio, da parte di operatori economici non in graduatoria e soggetti al controllo dei requisiti.

L'attuale previsione si applica anche al sotto soglia qualora l'amministrazione voglia procedere con la procedura aperta.

La norma dell'art. 133 del Codice viene riportata alla versione ante decreto (lo sblocca cantieri aveva previsto anche in questa sede la verifica a campione di altri concorrenti rispetto a quello risultato miglior offerente e il ricalcolo della soglia di anomalia).

Non è applicabile nel caso di RDO aperte ma solo per procedure aperte ex art. 60 del Codice.

Collegio consultivo tecnico

Legge di conversione

Art. 1

11. Fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27 *octies* del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, al fine di prevenire controversie relative all'esecuzione del contratto le parti possono convenire che prima dell'avvio dell'esecuzione, o comunque non oltre novanta giorni da tale data, sia costituito un collegio consultivo tecnico con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle controversie di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso.

12. Il collegio consultivo tecnico è formato da tre membri dotati di esperienza e qualificazione professionale adeguata alla tipologia dell'opera.

I componenti del collegio possono essere scelti dalle parti di comune accordo, ovvero le parti possono concordare che ciascuna di esse nomini un componente e che il terzo componente sia scelto dai due componenti di nomina di parte; in ogni caso, **tutti i componenti devono essere approvati dalle parti.**

Il collegio consultivo tecnico si intende costituito al momento della sottoscrizione dell'accordo da parte dei componenti designati e delle parti contrattuali. All'atto della costituzione è fornita al collegio consultivo copia dell'intera documentazione inerente al contratto.

Collegio consultivo tecnico

Legge di conversione

Art. 1

13. Nel caso in cui insorgano controversie, il collegio consultivo può procedere all'ascolto informale delle parti per favorire la rapida risoluzione delle controversie eventualmente insorte.

Può altresì convocare le parti per consentire l'esposizione in contraddittorio delle rispettive ragioni.

L'eventuale accordo delle parti che accolga la proposta di soluzione indicata dal collegio consultivo **non ha natura transattiva, salva diversa volontà delle parti stesse.**

14. Il collegio consultivo tecnico è sciolto al termine dell'esecuzione del contratto o in data anteriore su accordo delle parti.

Appalti suddivisi in lotti

Legge di conversione

Art. 1

20. Al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, sono apportate le seguenti modificazioni:

g) all'articolo 35:

- 1) al comma 9, lettera a), la parola: “**contemporaneamente**” è soppressa;
- 2) al comma 10, lettera a), la parola: “**contemporaneamente**” è soppressa.

La modifica introdotta dallo sblocca cantieri e **confermata** dalla legge di conversione risponde alla procedura di infrazione del 24 gennaio 2019 della Commissione Europea.

Infatti eliminando la parola “contemporaneamente”, si prevede l’obbligo di computare il valore complessivo dei lotti (e non quello del singolo lotto) per stabilire le procedure di gara da seguire anche quando i singoli lotti non vengono aggiudicati “contemporaneamente” ma in momenti diversi.

Modifiche all'art. 23 del Codice - rinvio al Regolamento

L'Art. 23 comma terzo del Codice prevede ora che:

“Con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27 *octies*, sono definiti **i contenuti della progettazione nei tre livelli progettuali**. Con il regolamento di cui al primo periodo è, altresì, determinato il contenuto minimo del quadro esigenziale che devono predisporre le stazioni appaltanti.

Fino alla data di entrata in vigore di detto decreto regolamento, si applica l'articolo 216, comma 4.

Progetto di fattibilità tecnico economica

Il progetto di fattibilità tecnico-economica nella formulazione originaria dell'art. 23 del Codice dei contratti pubblici **poteva** essere suddiviso in due fasi (documento delle alternative progettuali e progetto di fattibilità) ai fini dell'inserimento dell'intervento nel documento di programmazione triennale delle opere, nonché nel caso dell'espletamento del dibattito pubblico e nel caso dei concorsi di progettazione mentre, in tutti gli altri casi, doveva essere redatto come unico documento di progettazione di fattibilità.

Ora per gli **appalti di lavori sopra soglia**, “**anche ai fini della programmazione**”, nonché per l'espletamento delle procedure del dibattito pubblico e dei concorsi di progettazione, il progetto di fattibilità **deve essere preceduto dal documento delle alternative progettuali**. Negli altri casi e nelle procedure sottosoglia è ancora facoltativo.

Il progetto di fattibilità tecnica è preceduto dal documento di fattibilità delle alternative progettuali in caso di:

- **lavori pubblici di importo pari o superiore alla soglia di rilevanza comunitaria** (all'art. 35 del Codice)
- **concorsi di progettazione e di idee** (art. 152 del Codice)
- espletamento delle procedure di **dibattito pubblico** (art. 22 del Codice)

Progetto di fattibilità tecnico economica

Il nuovo art. 23 deve essere letto in combinato disposto con l'art. 21 del Codice che non ha subito modifiche. Orbene il comma 3 prevede: “Il programma triennale dei lavori pubblici e i relativi aggiornamenti annuali contengono i lavori il cui valore stimato sia pari o superiore a 100.000 euro e indicano, previa attribuzione del codice unico di progetto di cui all'articolo 11, della legge 16 gennaio 2003, n. 3, i lavori da avviare nella prima annualità, per i quali deve essere riportata l'indicazione dei mezzi finanziari stanziati sullo stato di previsione o sul proprio bilancio, ovvero disponibili in base a contributi o risorse dello Stato, delle regioni a statuto ordinario o di altri enti pubblici. Per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 euro, ai fini dell'inserimento nell'elenco annuale, le amministrazioni aggiudicatrici approvano preventivamente il progetto di fattibilità tecnica ed economica. Ai fini dell'inserimento nel programma triennale, le amministrazioni aggiudicatrici approvano preventivamente, ove previsto, il documento di fattibilità delle alternative progettuali, di cui all'articolo 23, comma 5.”

La legge di conversione ha poi introdotto il comma 5 bis all'art. 23 a norma del quale: “Per le opere proposte in variante urbanistica ai sensi dell'articolo 19 del decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327, il progetto di fattibilità tecnica ed economica sostituisce il progetto preliminare di cui al comma 2 del citato articolo 19 ed è redatto ai sensi del comma 5.

Programmazione

Importo lavori	Livello di progettazione minima approvata, richiesta ai fini dell'inserimento nella 1^o annualità	Livello di progettazione minima approvata, richiesta ai fini dell'inserimento nelle altre annualità
Pari o superiori a 100.000,00	Documento delle alternative progettuali (DM 14/2018)	Documento delle alternative progettuali
Pari o superiori a 1.000.000,00	Progetto di fattibilità economico-finanziario	Documento delle alternative progettuali
Pari o superiori alla soglia comunitaria	Progetto di fattibilità economico-finanziario (contenente il documento delle alternative progettuali)	Documento delle alternative progettuali

Spese tecniche del quadro economico

Al **comma 20, punto 4** dell'art. 1 della legge di conversione, vengono introdotti, all'**articolo 23 del codice, i commi 11 bis e 11 ter** che prevedono:

- tra le spese tecniche da inserire nel quadro economico di ciascun intervento sono comprese **le spese di carattere strumentale sostenute dalle amministrazioni aggiudicatrici in relazione all'intervento;**
- le spese strumentali, incluse quelle per sopralluoghi, riguardanti le attività finalizzate alla stesura del piano generale degli interventi del sistema accentrato delle manutenzioni, di cui all'articolo 12 del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, sono a carico delle risorse iscritte sui pertinenti capitoli dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze trasferite all'Agenzia del demanio.

Lavori di manutenzione - semplificazione

Il decreto sblocca cantieri aveva previsto una ulteriore semplificazione per i lavori di manutenzione. **3-bis art. 23** Con ulteriore decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta del Consiglio superiore dei lavori pubblici, sentita la Conferenza Unificata, è disciplinata una **progettazione semplificata degli interventi di manutenzione ordinaria fino a un importo di 2.500.000 euro**. Tale decreto individua le modalità e i criteri di semplificazione in relazione agli interventi previsti.

C'è stato un “ripensamento” del legislatore in fase di conversione dello sblocca cantieri che prevedeva un progetto definitivo (e non esecutivo) per tutti i lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria che non prevedessero sostituzioni di parti strutturali di impianti.

Art. 1 comma 6 della Legge di conversione così prevede:

Per gli anni 2019 e 2020, i contratti di lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria, ad esclusione degli interventi di manutenzione straordinaria che prevedono il rinnovo o la sostituzione di parti strutturali delle opere o di impianti, possono essere affidati, nel rispetto delle procedure di scelta del contraente previste dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, sulla base del progetto definitivo costituito almeno da una relazione generale, dall'elenco dei prezzi unitari delle lavorazioni previste, dal computo metrico-estimativo, dal piano di sicurezza e di coordinamento con l'individuazione analitica dei costi della sicurezza da non assoggettare a ribasso. L'esecuzione dei predetti lavori può prescindere dall'avvenuta redazione e approvazione del progetto esecutivo.

Anticipazione del prezzo

Legge di conversione Art. 1

20. Al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, sono apportate le seguenti modificazioni:

g) all'**articolo 35**:

3) al **comma 18**, le parole: “dei lavori”, ovunque ricorrono, sono sostituite dalle seguenti: “**della prestazione**”;

La disciplina della anticipazione del prezzo pari al 20% viene estesa a tutti i contratti compresi dunque servizi e forniture con possibilità di pagamento entro 15 giorni dall'inizio della esecuzione. Si applica però agli **appalti** e non alle concessioni qualora sia previsto un contributo (esempio un contributo compensativo per garantire l'equilibrio economico finanziario in caso di pubblico servizio).

La norma tende a favorire le piccole imprese che potrebbero trovarsi in difficoltà economica e mancanza di liquidità nelle fasi iniziali dell'esecuzione di un appalto.

In caso di accordi quadro l'anticipazione del 20% andrà calcolata non sul valore dell'accordo normativo bensì su quello di ogni applicativo.

Rimane poi da comprendere come gestire l'anticipo degli appalti pluriennali (es. servizi di pulizie, manutenzione del verde). E' da ritenersi, in attesa di chiarimenti, che si dovrà specificare nei capitolati se l'anticipo è riferito alle singole annualità o all'intero contratto.

Non si ritiene applicabile alle forniture istantanee vista la brevità dei termini di pagamento di cui all'art. 113 bis del Codice con le modifiche introdotte dalla Legge 37/2019 in vigore dal 26 maggio 2019.

Legge 28 giugno 2019, n. 58 (in G.U. n. 151 del 29/06/2019) in vigore dal 30 giugno 2019

Art. 159 4-bis. In caso di contratti ad impegno pluriennale superiore a tre anni, l'importo dell'anticipazione di cui all'articolo 35, comma 18, del presente codice e' calcolato sul valore delle prestazioni di ciascuna annualita' contabile del contratto di appalto, stabilita nel cronoprogramma dei pagamenti, ed e' corrisposto entro quindici giorni dall'effettivo inizio della prima prestazione utile relativa a ciascuna annualita', secondo il cronoprogramma delle prestazioni. (appalti in specifici settori: difesa e sicurezza).

Semplificazione della verifica dei requisiti

Legge di conversione

Art. 1

16. All'articolo 86 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, dopo il comma 2 è inserito il seguente:

“2-bis. Ai soli fini della prova dell'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 in capo all'operatore economico che partecipa alla procedura, ai soggetti di cui l'operatore economico si **avvale** ai sensi dell'articolo 89 nonché ai **subappaltatori**, i certificati e gli altri documenti hanno una **durata pari a sei mesi dalla data del rilascio**.

Fatta eccezione per il DURC, la stazione appaltante, per i certificati e documenti già acquisiti e scaduti da non oltre sessanta giorni e qualora sia pendente il procedimento di acquisto, può procedere alla verifica dell'assenza dei motivi di esclusione con richiesta diretta agli enti certificatori di eventuale conferma del contenuto dell'attestazione già rilasciata.

Gli enti certificatori provvedono a fornire riscontro entro trenta giorni dalla richiesta.

Decorso tale termine il contenuto dei certificati e degli altri documenti si intende confermato.

I certificati e gli altri documenti in corso di validità possono essere utilizzati nell'ambito di diversi procedimenti di acquisto.

Si applica in sostanza il principio generale già contenuto nel DPR 445/2000.

Si applica anche al sotto soglia se si pensa che già da 5.000,00 euro è necessario chiedere ad esempio il casellario.

Semplificazione della verifica dei requisiti procedure sotto soglia

Legge di conversione

Art. 1

17. All'articolo 36 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, il comma 6-bis è sostituito da seguente:

“6-bis. Ai fini dell'ammissione e della permanenza degli operatori economici nei mercati elettronici di cui al comma 6, **il soggetto responsabile dell'ammissione verifica l'assenza** dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 su un campione significativo di operatori economici. Dalla data di entrata in vigore del decreto di cui all'articolo 81, comma 2, tale verifica è effettuata attraverso la **Banca dati nazionale degli operatori economici di cui all'articolo 81, anche mediante interoperabilità** fra sistemi. I soggetti responsabili dell'ammissione possono consentire l'accesso ai propri sistemi agli operatori economici per la consultazione dei dati certificati e informazioni disponibili mediante la Banca dati di cui all'articolo 81 per la predisposizione della domanda di ammissione e di permanenza nei mercati elettronici.

6-ter. Nelle procedure di affidamento effettuate nell'ambito dei mercati elettronici di cui al comma 6, la stazione appaltante verifica esclusivamente il possesso da parte dell'aggiudicatario dei requisiti economici e finanziari e tecnico-professionali, ferma restando la verifica del possesso dei requisiti generali effettuata dalla stazione appaltante qualora il soggetto aggiudicatario non rientri tra gli operatori economici verificati a campione ai sensi del comma 6-bis”.

Motivi di esclusione. Art. 80 D.Lgs. n. 50/2016

La legge di conversione è tornata indietro **non confermando** la previsione introdotta dal decreto sblocca cantieri che, in ottemperanza alla procedura di infrazione comunitaria, prevedeva al comma quarto dell'art. 80 la **possibilità di esclusione dell'operatore economico in presenza di irregolarità fiscali o contributive non definitivamente accertate**.

La norma prevedeva che un operatore economico poteva essere escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se la stazione appaltante era a conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali non definitivamente accertati (discrezionalità della stazione appaltante e non esclusione automatica ma necessità di aprire una procedura anche in contraddittorio).

La previsione normativa non si applicava in ogni caso quando l'operatore dimostrava di aver ottemperato agli obblighi pagando o impegnandosi a pagare le imposte e i contributi compresi eventuali multe o interessi purché l'impegno o il pagamento si sia perfezionato prima della scadenza del termine per presentare domande.

Motivi di esclusione. Art. 80 D.Lgs. n. 50/2016

Si **torna** dunque alla previsione dell'**art. 80 comma quarto** che prevede l'esclusione (automatica) del concorrente solo se ha commesso violazioni gravi rispetto agli obblighi di pagamento di imposte e tasse nonché contributi previdenziali **purché definitivamente accertate** ovvero contenute in sentenze passate in giudicato o in atti non più impugnabili.

Tale previsione si pone in contrasto con l'art. 57, par. 2, primo e secondo comma, della Direttiva 2014/24/UE (e analogamente, l'art. 38, par. 5, primo e secondo comma, della Direttiva 2014/23/UE), ove prevede che le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere l'operatore economico se dimostrano, “con qualunque mezzo adeguato” che il medesimo non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali.”

La Commissione UE ritiene nella procedura di infrazione che l'articolo 80, comma 4, del Codice non è conforme alle disposizioni comunitarie in quanto non consente di escludere un operatore economico che ha violato gli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali qualora tale violazione – pur non essendo stata stabilita da una decisione giudiziaria o amministrativa non più sindacabile possa essere comunque adeguatamente dimostrata dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore.

Si ipotizza un futuro e nuovo intervento del legislatore sul punto.

Motivi di esclusione. Art. 80 D.Lgs. n. 50/2016. Nuova fattispecie

Legge di conversione

Art. 1

20. Al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, sono apportate le seguenti modificazioni:
all'articolo 80:

4) al comma 5, dopo la lettera c-ter) è inserita la seguente:

“c-quater) l'operatore economico abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato.”

Norma introdotta dalla Legge di conversione e dunque applicabile da giugno (non era contenuta nello sblocca cantieri).

Quindi non più solo condotte inadempienti nei confronti della stazione appaltante ma anche verso sub appaltatori dell'operatore economico.

La norma ha una finalità indiretta ovvero di tutelare i subappaltatori.

NB. Problemi applicativi:

Valutazione ancora “discrezionale” della gravità. Cosa si intende per riconosciuto?

In quale arco temporale va valutato il grave inadempimento?

Sarà necessaria una **dichiarazione integrativa del DURC** in quanto il modello attuale non è aggiornato

Motivi di esclusione. Art. 80 D.Lgs. n. 50/2016.

Art. 1 Legge di conversione

20. Al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, sono apportate le seguenti modificazioni:

o) all'articolo 80 **il comma 10** è sostituito dai seguenti:

“10. Se la sentenza penale di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, la durata della esclusione dalla procedura d'appalto o concessione è:

a) **perpetua**, nei casi in cui alla condanna consegue di diritto la pena accessoria perpetua, ai sensi dell'articolo 317-bis, primo periodo, del codice penale, salvo che la pena sia dichiarata estinta ai sensi dell'articolo 179, settimo comma, del codice penale;

b) pari a sette anni nei casi previsti dall'articolo 317-bis, secondo periodo, del codice penale, salvo che sia intervenuta riabilitazione;

c) pari a cinque anni nei casi diversi da quelli di cui alle lettere a) e b), salvo che sia intervenuta riabilitazione.”

Art. 179, comma 7, del Codice penale: «La riabilitazione concessa a norma dei commi precedenti non produce effetti sulle pene accessorie perpetue. Decorso un termine non inferiore a sette anni dalla riabilitazione, la pena accessoria perpetua è dichiarata estinta quando il condannato abbia dato prove effettive e costanti di buona condotta».

Motivi di esclusione. Art. 80 D.Lgs. n. 50/2016.

Legge di conversione

Art. 1

20. Al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, sono apportate le seguenti modificazioni:

o) all'articolo 80:

5) il comma 10 è sostituito dal seguente:

10-bis. Nei casi di cui alle lettere b) e c) del comma 10, se la pena principale ha una durata inferiore, rispettivamente, a sette e cinque anni di reclusione, la durata della esclusione è pari alla durata della pena principale. Nei casi di cui al comma 5, la durata della esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza. **Nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso".**

Tale previsione conferma quella del decreto sblocca cantieri che era stata duramente criticata dall'ANAC

Motivi di esclusione. Art. 80 comma terzo D.Lgs. n. 50/2016.

Testo ante modifica	Testo nella attuale formulazione
<p>I</p> <p>L'esclusione di cui ai commi 1 e 2 va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti: (...) del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio</p>	<p>L'esclusione di cui ai commi 1 e 2 va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti: del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro se si tratta di altro tipo di società o consorzio</p>

Consorzi stabili.

Legge di conversione Art. 1

20. Al Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, sono apportate le seguenti modificazioni: 1) all'**articolo 47**: 1) il comma 2 è sostituito dal seguente: “2. I consorzi stabili di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c), e 46, comma 1, lettera f), eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante. **Per i lavori, ai fini della qualificazione di cui all'articolo 84, con il Regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, sono stabiliti i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni.** L'affidamento delle prestazioni da parte dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettera b), ai propri consorziati non costituisce subappalto”.

È stato confermato quanto previsto dal decreto sblocca cantieri ovvero che la possibile assegnazione a imprese del consorzio **non configura subappalto**.

Tale modifica è in linea con la giurisprudenza che ritiene il Consorzio stabile un soggetto giuridico autonomo astrattamente idoneo ad “*operare con un'autonoma struttura di impresa, capace di eseguire, anche in proprio, ovvero senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni previste nel contratto*” (Consiglio di Stato, sez. V, 4 febbraio 2019, n. 865, Consiglio di Stato, sez. III, 16/04/2019 n. 2493).

Consorzi stabili.

La lettera c) dell'art. 45 comma secondo richiamato dalla norma fa riferimento ai consorzi stabili costituiti (anche nella forma delle società consortili) tra imprenditori individuali anche artigiani, società commerciali e società cooperative di produzione e di lavoro. Tali consorzi sono formati da non meno di tre soggetti che abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo non inferiore a cinque anni.

La lettera f) dell'art. 46 comma primo si riferisce ai consorzi stabili di società tra professionisti e di società di ingegneria anche in forma mista formati da non meno di tre soggetti che operano nel campo dei servizi di architettura ed ingegneria.

E' demandato al REGOLAMENTO Unico di attuazione previsto dall'art. 216 comma 27 octies di stabilire per i lavori ai fini della qualificazione i criteri di imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio ovvero ai singoli partecipanti che eseguono le prestazioni. Si ricorda a tal proposito l'art. 84 sul sistema unico di qualificazione degli esecutori dei contratti pubblici.

Non costituisce altresì subappalto l'affidamento ai consorziati delle prestazioni nell'ambito di consorzi tra società cooperative di produzione e lavoro e consorzi tra imprese artigiane.

Consorzi stabili. Servizi e forniture

Legge di conversione Art. 1

20. Al Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, sono apportate le seguenti modificazioni: 1) all'**articolo 47**: 2) dopo il comma 2 è aggiunto il seguente: “**2-bis.** La sussistenza in capo ai consorzi stabili dei **requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata, a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati.** In caso di scioglimento del consorzio stabile per servizi e forniture, ai consorziati sono attribuiti pro quota i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio e non assegnati in esecuzione ai consorziati. Le quote di assegnazione sono proporzionali all'apporto reso dai singoli consorziati nell'esecuzione delle prestazioni nel quinquennio antecedente”.

Viene in sostanza introdotta una norma di favore ed apertura alla partecipazione dei consorzi alle procedure di affidamento.

Qualificazione degli esecutori

Il comma 20, lettera q) dell'art. 1 della Legge di conversione novella in più punti **l'articolo 84 del Codice**, in materia di sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici: è aggiunta la previsione che l'attività di attestazione venga esercitata nel rispetto del principio di indipendenza di giudizio, garantendo l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori. Viene portato a **quindici anni** - anziché dieci - l'ambito temporale rilevante ai fini della prova del possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria e delle capacità tecniche e professionali. Si stabilisce che gli organismi di diritto privato incaricati dell'attestazione (SOA), nell'esercizio dell'attività di attestazione per gli esecutori di lavori pubblici svolgono **funzioni di natura pubblicistica**, anche agli effetti della normativa in materia di responsabilità dinanzi alla Corte dei conti.

Differimento disciplina affidamento concessionari

La legge di conversione ha **differito al 31 dicembre 2020** il termine a decorrere dal quale scatta l'obbligo, per i titolari di concessioni già in essere alla data di entrata in vigore del Codice (cioè alla data del 19 aprile 2016), di affidare mediante procedure ad evidenza pubblica una quota pari all'80% dei contratti di lavori, servizi e forniture (60% nel caso dei concessionari autostradali).

Parternariato pubblico privato

La **lettera cc) del comma 20 dell'articolo 1 della legge di conversione** estende agli investitori istituzionali ed, anche, agli istituti nazionali di promozione, la possibilità di presentare proposte per l'affidamento di concessioni di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, non presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, tramite le modalità della finanza di progetto.

Rito super accelerato. Abrogazione

È stato integralmente abrogato il rito super accelerato che prevedeva l'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti endo-procedimentali di ammissione o esclusione dei concorrenti dalla gara di appalto, entro trenta giorni dalla pubblicazione del provvedimento di ammissione sul profilo del committente della stazione appaltante.

Sono dunque ammissibili le contestazioni anche se proposte con ricorso incidentale

Le disposizioni che prevedono l'abrogazione del rito super accelerato «si applicano ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore del D.L. 32/2019 (19 aprile 2019).

Nell'attuale regime dunque non sussiste più l'onere di immediata impugnazione delle ammissioni dei concorrenti mentre dovrà essere impugnato il provvedimento di esclusione nel termine di trenta giorni dalla ricezione della comunicazione prevista dal nuovo art. 76 comma 2 bis.

Rito super accelerato. Abrogazione

Sull'applicabilità di tale disposizione punto è già intervenuto il **TAR Reggio Calabria** con sentenza del 13/05/2019 che ha affermato che si intendono iniziati i procedimenti il cui ricorso sia stato **notificato** alla controparte (in realtà però la dottrina processualistica fa coincidere l'inizio del giudizio con il deposito del ricorso e conseguente deposito della nota di iscrizione a ruolo ora effettuata con modalità telematiche).

Il Giudice amministrativo chiarisce che la norma ha effetto sia per i ricorsi proposti avverso i provvedimenti autonomamente ed immediatamente lesivi che determinano le esclusioni dalla procedura di affidamento, sia per i ricorsi avverso i provvedimenti che determinano le altrui ammissioni, la cui impugnazione, in virtù della disposizione abrogante, ritorna a dover essere **posticipata al momento dell'aggiudicazione definitiva ovvero a quello in cui per la prima volta l'interesse a ricorrere da parte del concorrente, insoddisfatto dall'esito della gara, diventa concreto ed attuale.**

Provvedimenti di esclusione

Il comma 20, lettera d) dell'articolo 1 della Legge di conversione sopprime il secondo, il terzo e il quarto periodo dell'articolo 29, comma 1, del Codice dei contratti pubblici in cui sono disciplinati i principi in materia di trasparenza ed è volta ad escludere la pubblicazione nella sezione "Amministrazione trasparente" dei provvedimenti di esclusione dalla procedura di affidamento dei contratti pubblici (c.d. pubblicità che produce effetti legali).

Al contempo viene introdotto il nuovo **comma 2 bis dell'art. 76**: Nei termini stabiliti al comma 5 è dato avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'articolo 5 bis del codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, lo strumento analogo negli altri Stati membri, del provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti.

Quindi comunicazione entro un termine di cinque giorni del provvedimento di esclusione o di ammissione in seguito alla verifica dei requisiti. La giurisprudenza ha ritenuto che è sufficiente la comunicazione via pec del verbale della commissione di gara perché contiene implicitamente il provvedimento di esclusione o ammissione.

Riflessi sull'economia circolare

L' **End of waste** è probabilmente uno dei temi più spinosi per quanto riguarda l'**Economia Circolare** trattandosi del processo di recupero eseguito su un rifiuto, al termine del quale esso perde tale qualifica per acquisire quella di prodotto.

A fronte delle richieste di chiarezza nel settore il Legislatore è intervenuto bloccando in sostanza tale processo e tornando indietro nel tempo.

L'art. 1 comma 19 infatti conferma che **le Regioni non hanno competenza sui criteri caso per caso** per la cessazione del rifiuto. Nel rilascio delle autorizzazioni ordinarie, le medesime non saranno dotate della flessibilità necessaria per discostarsi dalle norme generali per il recupero presenti nel DM 5 febbraio 1998 e decreti analoghi – riguardanti rifiuti in ingresso, materiali in uscita, processi di recupero, limiti e condizioni gestionali – se non per aspetti relativi, come le quantità trattabili dall'impianto da autorizzare.

Riflessi sull'economia circolare

Le problematiche sorgono perché Il DM 5 febbraio 1998 (e gli altri decreti a cui la norma approvata vincola le autorizzazioni sia nuove che in fase di rinnovo) è un incompleto ed ormai superato dall'evoluzione delle norme tecniche di settore e di tecnologie vent'anni fa inesistenti, e, per certi versi, inapplicabile.

Inoltre rimangono escluse dall'EoW (e quindi non potranno essere autorizzate come tali) tutte quelle attività e quelle filiere di riciclo non attualmente coperte dal dispositivo del vecchio decreto (ad es. pneumatici, molte materie prime strategiche ricavate dai RAEE, processi e materiali innovativi...).

Questi materiali, pertanto, dovranno essere gestiti come rifiuti e non come materie prime con evidenti e gravi ripercussioni in tema di economia circolare.

GRAZIE PER LA VOSTRA ATTENZIONE