

COME CAMBIANO GLI APPALTI DAL 1° LUGLIO 2023

Novità e riflessioni sull'entrata in vigore del nuovo Codice dei Contratti Pubblici

Seconda parte

*Giovedì, 6 luglio 2023 - Ore 9.30 Sala Conferenze Confindustria
Sardegna Meridionale
Viale Colombo 2 - Cagliari*

Operatori economici

“La realtà materiale, oggettiva, passa necessariamente per la soggettività degli individui.” – Omraam Mikhaël Aïvanhov

Consorzi e raggruppamenti (65-68)

- ❖ Viene rivista la disciplina dei consorzi e dei raggruppamenti al fine precipuo di adeguarne e riformarne le regole alla luce dei rilievi mossi dalle istituzioni europee e dalla giurisprudenza.

**Principio di
"neutralità
delle forme
giuridiche"**

- ❖ OE stabiliti in altri Stati membri, costituiti in conformità alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi;
- ❖ OE de quibus: a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, e le società, anche cooperative; b, c, d) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro, tra imprese artigiane e consorzi stabili; e) RTI; f) consorzi ordinari; g) le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete; g) GEIE.

Consorzi non necessari (67)

- ❖ Permane la **differente regime di qualificazione fra le tipologie di consorzi**. Ai fini del rilascio o del rinnovo dell'attestazione SOA dei consorzi stabili, viene confermato che i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono posseduti e comprovati sulla base delle **qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate**, calcolata sulla somma delle OG e OS possedute dalle imprese consorziate.
- ❖ Per la qualificazione alla classifica di importo illimitato è in ogni caso necessario che almeno una o più consorziate abbiano un classifica minima.
- ❖ L'esecutrice possiede i requisiti di idoneità professionale.

Rimane invariata la platea degli OE ammessi alle procedure di affidamento dei c.d. "SIA", id est i Servizi attinenti all'Architettura e all'Ingegneria, con l'unica modifica, in tema di requisiti minimi prescritti in capo a tali operatori, consistente nel rinvio a quanto stabilito nella Parte V dell'all. II.12 (66).

Cumulo alla rinfusa (67.8)

Interpretazione restrittiva

- ❖ L'ANAC (*Delib. 184/23*) ha fornito un'interpretazione restrittiva del d.lgs. n. 50/2016 (47), affermando che se la consorziata designata non **possiede la qualificazione per l'esecuzione dei lavori affidati** (nel caso specifico nella categoria OG11), il consorzio viene escluso dalla gara, indipendentemente dalla qualificazione posseduta dal consorzio stesso (*C.d.S. 7360/22*).

Interpretazione **nuovo codice**

- ❖ TAR Puglia (691/23) e Campania (2390/23), confermano che, anche se la consorziata designata per l'esecuzione dei lavori non è in possesso dei requisiti speciali di partecipazione previsti dal disciplinare di gara, **basta che lo sia il consorzio stabile**, in ossequio al c.d. "*cumulo alla rinfusa*", a dover essere in possesso dei predetti requisiti (67.8).

Consorzi stabili (67)

- ❖ In gara, i consorzi stabili dimostrano l'assenza di cause di esclusione per i consorziati che contribuiscono alla qualificazione.
- ❖ Introdotto il divieto di avalimento di requisiti non propri.
- ❖ Posso qualificarsi i consorzi non necessari (stabili artigiani e cooperativi) e i raggruppamenti con la novità della possibilità dei **soggetti indicati**, come esecutori o componenti l'RTI, di poter **partecipare alla procedura autonomamente o in altro consorzio o raggruppamento** se dimostrano che le offerte presentate non sono riconducibili ad un unico centro decisionale.

La disciplina di dettaglio del cumulo alla rinfusa è rimandata al futuro regolamento allegato.

Nel transitorio viene previsto che in via transitoria, relativamente ai consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettera c), del medesimo codice, ai fini della partecipazione alle gare e dell'esecuzione si applica il regime di qualificazione previsto dall'art. 36, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006 e dagli articoli 81 e 94 del d.P.R. n. 207/2010.

Operatori economici aggregati

- ❖ L'impossibilità per gli Stati di prescrivere specifici vincoli sulle modalità di ripartizione delle quote e sulle modalità esecutive dei RTI, ha precluso la riproposizione, nel nuovo codice, della distinzione tra ATI orizzontali e ATI verticali.
- ❖ Nelle nuove ATI o RTI il mandato collettivo rileva solo ai fini della presentazione di un'offerta tra più imprese, che è possibile, senza richiedere ulteriori requisiti, e prevedendo la responsabilità solidale per tutto l'appalto, in modo indistinto tra i singoli partecipanti all'RTI.
- ❖ Questo diventa quindi di riferimento anche per quelli eseguiti dagli altri componenti l'RTI.

La CGUE aveva censurato l'art. 83, comma 8, del d.lgs. 50/2016, che imponeva all'impresa mandataria di un RTI partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico debba sempre e comunque possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria (sent. 28.4.22, C-642/2020)

Responsabilità solidale nelle ATI (68)

- ❖ Non esistendo più alla suddivisione tra ATI orizzontale e verticale, è **venuta meno** anche la previsione del Codice 50/16, secondo la quale **l'assuntore di lavori scorporabili risponde solo per la corretta esecuzione dei lavori da esso realizzati**.
- ❖ Confermata invece la loro responsabilità solidale nei confronti di SA, subappaltatore e dei fornitori.
- ❖ Confermato che la modificazione soggettiva del raggruppamento possa avvenire soltanto "per sottrazione" (mediante subentro di soggetti già appartenenti al raggruppamento) e mai "per addizione" (mediante soggetti esterni al raggruppamento medesimo).

L'obbligo di qualificazione specifica, (in rapporto alla quota di prestazioni che lo stesso operatore deve realizzare) sembrerebbe esteso anche ai contratti pubblici di servizi e forniture. Laddove nel vecchio codice (v. 92.2, DPR 207/2010) era riferita espressamente soltanto per gli appalti di lavori pubblici (68.11).

Cause di esclusione dell'OE

"Domani sarò ciò che oggi ho scelto di essere" – James Joyce

Cause di esclusione (94-98)

- ❖ Con l'obiettivo di una maggiore tipizzazione delle cause di esclusione, rispetto il codice 50, trovano collocazione in un corpus di 5 articoli:
 - le **cause di esclusione automatiche**, ove non rileva più l'applicazione della pena su richiesta delle parti (c.d. patteggiamento) per i reati gravi elencati dalla norma stessa e la SA si limita applicare l'esclusione senza valutare il caso concreto (94);
 - le **cause di esclusione non automatiche**, in cui viene prevista una limitata discrezionalità della SA (95);
 - l'**illecito professionale** (quale causa di esclusione non automatica), che a differenza del passato è tipizzato e porta una significativa limitazione delle ipotesi di esclusione e soprattutto dei mezzi di prova.

La pronuncia di patteggiamento

- ❖ Nella seduta del 21.2.23, le Commissioni (Ambiente) di Camera e Senato esprimendo parere favorevole sullo schema di codice dei contratti pubblici (Atto del Governo n. 19), chiedeva di conformare il Codice con la riforma penalistica cd "Cartabia", entrata in vigore il 30.12.22; che quindi rimane:

Solo nella causa di esclusione non automatica del grave illecito professionale e per i reati più gravi

*L'istituto di provenienza anglosassone ("plea bargaining"), in cui il giudice cui prende atto della volontà dell'inquisito di riconoscere la propria responsabilità, è stato introdotto in Italia nel 1989 con l'obiettivo di **ridurre il numero dei processi pendenti**.*

*Pertanto, **pur trattandosi di riconoscimento di responsabilità**, con la riforma è stato previsto che la sentenza di patteggiamento **non ha efficacia e non può essere utilizzata ai fini di prova nei giudizi civili, disciplinari, tributari o amministrativi**, compreso il giudizio per l'accertamento della responsabilità contabile".*

Cause di esclusione automatiche (94.1)

Delitti, consumati o tentati

- ❖ ***Associazione per delinquere*** o di tipo mafioso o finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope o al contrabbando o al traffico illecito di rifiuti
- ❖ ***Delitti contro la PA;***
- ❖ ***Commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine costituzionale reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche;***

Condanne

- ❖ ***False comunicazioni sociali;***
 - ❖ ***Frode ai danni delle Comunità europee***
 - ❖ ***Riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita e autoriciclaggio***
 - ❖ ***Sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani***
- ❖ ***Ogni altro delitto*** da cui derivi, quale pena accessoria, ***l'incapacità di contrattare con la PA.***

Differenze soggetti (94.3)

Vecchio codice 50/16

- Socio o DT, se si tratta di società in nome collettivo
- DT o ~~socio unico persona fisica~~
- ~~socio di maggioranza, in società con ≤4 soci (nella relazione viene evidenziata l'esistenza di tale ipotesi in presenza della figura dell'amministratore di fatto)~~
- ~~Cessati dalla carica~~ nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando di gara

Nuovo codice 36/23

- Socio **amministratore** o DT, se si tratta di società in nome collettivo
- DT, Socio unico o gli **amministratori** se trattasi di persona giuridica
- **Amministratore di fatto (AF)**

?

Amministratore di fatto (AF) (94.5)

- ❖ Sono state individuati gli elementi caratterizzanti dell'AF:
 - non necessita di una investitura formale (Cass. Pen. 1546/22);
 - esercita azioni e funzioni di gestione della società, con carattere sistematico, che normalmente sono affidate all'amministratore di diritto (AD) (Cass. Civ. 27163/18);
 - ha autonomia decisionale, non subordinata all'AD;
 - esercita, in modo **continuativo e significativo**, di poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione (Cass. Pen. 34381/22);
 - può liberamente impegnare la società, sebbene non possa compiere azioni senza l'intervento dell'AD;
 - non ha alcun accordo di subordinazione con la società, non è quindi un dipendente subordinato o collaboratore.

E' responsabile ex artt. 2392, 2393-bis, 2394 e 2395 c.c. nei confronti della società, dei soci, dei creditori sociali o 3°

Ciò non esclude la responsabilità per danni dell'AD, che è obbligato a controllare la gestione della società, compreso l'operato dell'AF

Figure assimilabili all'AF (94.3)

- ❖ La figura dell'AF è da tenere distinta da quella:
 - dell'**amministratore occulto o indiretto**, che gestisce la società per il tramite degli AD, e, quindi, appunto, indirettamente;
 - del **titolare effettivo**, ossia la «*la persona fisica o le persone fisiche cui, in ultima istanza, è attribuibile la proprietà diretta o indiretta dell'ente ovvero il relativo controllo*».
- ❖ Può ricadere nella gestione di affari altrui, ex art. 2028 c.c. se sussiste il requisito dell'**absentia domini** (GAA) e le ingerenze non sono meramente episodiche.

*Nell'art. 20 del d.lgs. 231/07 sono fissati i **criteri oggettivi** per la determinazione della titolarità effettiva ai fini di prevenzione e contrasto al **riciclaggio** e finanziamento del **terrorismo** (v. dec. del MEF n. 55/2022 e le ll.gg. per il Monitoraggio del PNRR")*

*Nella GAA, il soggetto **senza investitura formale** è sottoposto agli obblighi di legge per averne esercitato di fatto l'attività dell'amm. (Cass. 1925/1999).*

Ulteriori esclusioni automatiche (94.5)

- ❖ Vi è l'esclusione o il divieto di aggiudicare quando l'OE:
 - sia destinatario di divieto di contrattare con la PA, tra cui ex l. 231/01 (9.2.c) o d.lgs. 81/08 (14);
 - non abbia certificato o autocertificato il rispetto delle norme sul diritto al lavoro dei disabili;
 - non abbia presentato il rapporto sullo stato del personale (art. 46 del Codice delle pari opportunità), in procedure finanziate con risorse UE;
 - sia sottoposto a liquidazione giudiziale, liquidazione coatta e concordato preventivo, fatte salve alcune eccezioni;
 - sia iscritto nel casellario informatico ANAC per false dichiarazioni o **falsa documentazione a SA e SOA**.

*La SA dà all'ANAC segnalazione del falso, che se ritiene vi sia stato **dolo o colpa grave** nel caso concreto, dispone l'iscrizione nel casellario informatico fino a 2aa (1 a fisso x SOA), decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia*

Imposte, tasse e contributi (94.6, 95.2)

- ❖ Con riferimento alle gravi violazioni degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse (all. II.10, >€5k) o dei contributi previdenziali (ostative al Durc), si stabilisce che:
 - sono causa di **esclusione automatica** quelle violazioni **definitivamente accertate**,
 - sono causa di **esclusione non automatica** quelle violazioni, **non definitivamente accertate, ritenute sussistenti dalla SA**, sulla base di qualunque mezzo di prova adeguato. La gravità va in ogni caso valutata anche tenendo conto del valore dell'appalto.

*Nel caso di imposte o contributi previdenziali, confermato che l'esclusione **non si applica** quando l'OE ha ottemperato ai suoi obblighi **pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare dovuti**, compresi eventuali interessi o sanzioni, oppure quando il **debito** tributario o previdenziale sia comunque **integralmente estinto**, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano **perfezionati anteriormente alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta.***

Durata esclusione non automatica (96)

- ❖ Le cause di esclusione di non automatica, rilevano:
 - a) per 3 anni decorrenti dalla commissione del fatto, nel caso di sussistere gravi infrazioni, debitamente accertate con qualunque mezzo adeguato, alle norme in materia di salute e di sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi in materia ambientale (95.1.a);
 - b) per la sola gara cui la condotta si riferisce, nei casi di: //) conflitto di interesse non diversamente risolvibile; //) precedente coinvolgimento nella preparazione della procedura d'appalto; ///) indizi di unico centro decisionale a cagione di accordi intercorsi (95.1.b.c.d);
 - c) per 3 anni come differenziato dal codice nel caso di un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla SA con mezzi adeguati.

Self cleaning (96.2-6)

❖ Fermo restando che l'aggiudicazione non può subire dilazioni in ragione dell'adozione delle misure di *self cleaning*, con la revisione dell'istituto **l'OE può:**

- PROVARE, ove le cause di esclusione si siano **verificate prima della scadenza** del termine di presentazione delle offerte :
 - di avere adottato le misure di *self cleaning* ovvero
 - *l'impossibilità di adottare dette misure prima* della presentazione dell'offerta e successivamente ottemperare;
- ADOTTARE E COMUNICARE alla SA le suddette misure, ove le cause di esclusione si siano verificate **successivamente alla presentazione** dell'offerta.

Un OE escluso con sentenza definitiva dalla partecipazione alle procedure non può avvalersi del self cleaning nel corso del periodo di esclusione derivante da tale sentenza.

Esclusione del raggruppato (97)

- ❖ La causa di esclusione incidente su un singolo partecipante, non determina l'esclusione dell'intero RTI, nel caso di estromissione o sostituzione con altro soggetto munito dei necessari requisiti:
 - A. se, **in sede di presentazione dell'offerta**, l'OE:
 - i. *comunica alla SA* il venir meno del requisito e il nominativo dell'interessato;
 - ii. *dimostra* che **l'estromissione** o *sostituzione del medesimo* partecipante **non modifica l'offerta**;
 - iii. *comprova* che le *misure adottate di sostituzione* sono **idonee e tempestive** o l'impossibilità di adottarle prima di quella data.

*La norma si applica anche ai **consorzi** ordinari, fra imprese artigiane e **stabili** (limitatamente alle **esecutrici** e alle consorziate aventi i **requisiti** di cui i consorzi si avvalgono).*

Esito dell'estromissione (97)

- B. se il requisito è venuto meno **successivamente alla presentazione dell'offerta**, questi deve aver adottato e comunicato l'estromissione o la sostituzione **prima dell'aggiudicazione**.
- ❖ L'esito della misura è comunque rimesso alla discrezionalità della SA:

Se ritiene che le misure siano **intempestive** o **insufficienti**, l'OE è **escluso** con decisione motivata.

Se tali misure sono ritenute **sufficienti** e **tempestivamente adottate**, il raggruppamento **non è escluso** dalla procedura d'appalto.

Come riconosciuto dalla stessa CGUE se le consorziate che prestano i requisiti sono assimilabili agli ausiliari (v. Relazione che richiama Ad. plen. n. 5/2021), può applicarsi queste ultime l'istituto della sostituzione, previsto nell'avvalimento (3 giugno 2021 in C-210/20),

Illecito professionale

"È una mia vecchia massima che, una volta escluso l'impossibile, ciò che resta, per quanto improbabile, non può essere che la verità " – Arthur Conan Doyle

Gravi illeciti professionali (98.7)

❖ La **disciplina del grave illecito elimina gli elementi di incertezza**, prevedendo che l'esclusione avvenga soltanto sulla base di un **provvedimento motivato della SA in ragione** delle seguenti condizioni:

- *tassatività*, ossia la presenza di elementi sufficienti ad integrare una delle fattispecie (tassativamente) previste;
- *idoneità degli strumenti di prova, così come elencati dall'art. 98.6;*
- *idoneità dei fatti* ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'OE, *valutando gravità*, contenuto dei *provvedimenti ed eventuali impugnazioni*

Le dichiarazioni omesse o non veritiere possono essere utilizzate a supporto della valutazione di gravità

*La **gravità** (98.4) tiene conto:*

- *del bene giuridico;*
- *dell'entità della lesione;*
- *del tempo trascorso dalla violazione, anche in relazione a modifiche intervenute nel frattempo nell'organizzazione dell'impresa.*

Fattispecie di illecito 1/2

- ❖ Le ipotesi ex 98, co. 3 di illecito professionale sono:
 - a) **sanzione esecutiva irrogata dall'AGCM** o da altra autorità in relazione all'oggetto dell'appalto, accertata con un *provvedimento sanzionatorio esecutivo dell'Autorità*;
 - b) **tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della SA** o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio oppure che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti, accertata con la presenza di *indizi gravi, precisi e concordanti* che rendano evidente;
 - c) **significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto**, indice di una persistente carenza professionale, accertata con l'intervenuta *risoluzione per inadempimento* o la *condanna al risarcimento* del danno o ad altre conseguenze comparabili.

Fattispecie di illecito 2/2

- d) grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori (v. avanti);
- e) violazione il divieto di intestazione fiduciaria, ove non superata e costatata con provvedimento definitivo;
- f) omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei fatti di concussione o estorsione da parte di soggetti vittime dei medesimi

*Ciò, previa verifica dell'assenza delle esimenti "dello **stato di necessità**, il quale costituisce la causa di giustificazione che in particolare si attaglia ai prefati reati in quanto commessi dalla criminalità organizzata di tipo mafioso". Le circostanze devono "... emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato [...] e [devono] essere comunicat[i], unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'Autorità" che, poi, ne "cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio". (v. Cons. Stato, n. 6232/18).*

Soggetti rilevanti per l'illecito (98)

- ❖ L'illecito professionale grave rileva **solo se compiuto dall'OE** offerente, fatte salve le due ipotesi di cui alle lett. g) e h) **anche da parte dei soggetti apicali**:
 - la **contestazione dei reati consumati o tentati** previsti come *esclusione automatica* (artt. 94.1), tra cui **i reati** contro al PA (Concussione, Corruzione e Istigazione alla corruzione, Peculato, Induzione indebita a dare o promettere utilità, Turbata libertà degli incanti e Frode nelle pubbliche forniture), ma anche di **false comunicazioni sociali**, di **associazione criminale**, **riciclaggio** e **sfruttamento del lavoro minorile (98.3.g)**;
 - la **contestata o accertata** commissione, dei reati di **abuso esercizio di una professione**, **bancarotta** (semplice e fraudolenta), nonché dei reati **tributari**, **urbanistici** e quelli previsti dal d.lgs. n. 231/2001 **(98.3.h)**.

La mezzi di prova

Contestata commissione dei reati ex al 98.3.g).

1. formulazione **l'imputazione**,
2. richiesta di **rinvio a giudizio** (v. 407-bis cp);
3. **decreto che dispone il giudizio**;
4. eventuali **provvedimenti cautelari** reali o personali emessi dal giudice penale,
5. sentenza di **condanna non definitiva**;
6. **decreto penale** di condanna **non irrevocabile**;
7. **sentenza non irrevocabile di applicazione della pena su richiesta**

Accertamento o contestata commissione dei reati ex 98.3.h)

1. la sentenza di **condanna definitiva**,
2. il **decreto penale di condanna irrevocabile**,
3. la **condanna non definitiva**,
4. i **provvedimenti cautelari** reali o personali del giudice penale

Diversamente dal codice 50, sono rilevanti i **provvedimenti** giurisdizionali anche **non definitivi nell'ipotesi di grave inadempimento** nei confronti di **uno o più subappaltatori 98.3.d)**

Decorrenza rilevanza illecito (96.10)

- ❖ Nell'illecito, salvo il caso del tentativo di influenzare indebitamente la SA o di ottenere informazioni riservate (98.3.b), i tre anni di rilevanza decorrono:
 1. dalla **data di emissione**: I) della formulazione dell'imputazione o richiesta di rinvio a giudizio (407-bis.1 cp) oppure II) di eventuali provvedimenti cautelari personali o reali del giudice penale (se antecedenti all'esercizio dell'azione penale) ove trattasi degli illeciti connessi ai reati più gravi (94.1 e 98.3.h., vedi avanti);
 2. dalla **data del provvedimento sanzionatorio** irrogato dall'Autorità da cui discenda la situazione escludente;
 3. dalla **commissione del fatto in tutti gli altri casi**.

*L'OE comunica alla SA la **sussistenza** dei **provvedimenti** menzionati ai numeri 1) e 2) **lett. c)** del co. 10 **(illecito)** ove non menzionati nel proprio **FVOE**.
In **mancanza**, il **triennio** inizia a decorrere dalla **data** in cui la **SA** ha **acquisito** taluno di detti **provvedimenti**.*

Qualificazione dell'OE

*"Abbiamo bisogno di persone brave, non solo
di brave persone." - Henry Ford*

Requisiti SOA (103)

- ❖ **L'attestazione SOA** è rilasciata previa dimostrazione dei :
 - **requisiti speciali**, che fino alla emanazione del relativo regolamento sono quelli dell'allagato II.12, che fanno riferimento agli *ultimi 15* di attività antecedenti alla sottoscrizione del contratto e consentono la qualificazione con *durata di 5 anni*, con *verifica intermedia entro il 3° anno*.
 - **requisiti generali**, che sono quelli del codice (94-98) e consistono nel «*non essere incorsi nelle cause di esclusione di cui al Capo II del presente Titolo nel TRIENNIO PRECEDENTE alla data della domanda di rilascio o di rinnovo dell'attestazione di qualificazione*».

L'allegato II.12 prevede anche la disciplina per la qualificazione dei soggetti affidatari dei servizi di ingegneria e architettura, e la qualificazione a contraente generale (art. 34 e ss.).

Ulteriori novità dell'allegato II.12 1/4

1. Affidata *all'ANAC la redazione e la disciplina dei i nuovi modelli di CEL* (art. 21, co. 5);
2. Riformulata la disciplina per l'accertamento dei *lavori eseguiti all'estero* (art. 22);
3. Massimizzato il cd. "*premio di coordinamento*", riconoscendo all'appaltatore l'intero importo dell'appalto indipendentemente da quanto subappaltato;

Le SOA si attengono ai seguenti criteri:

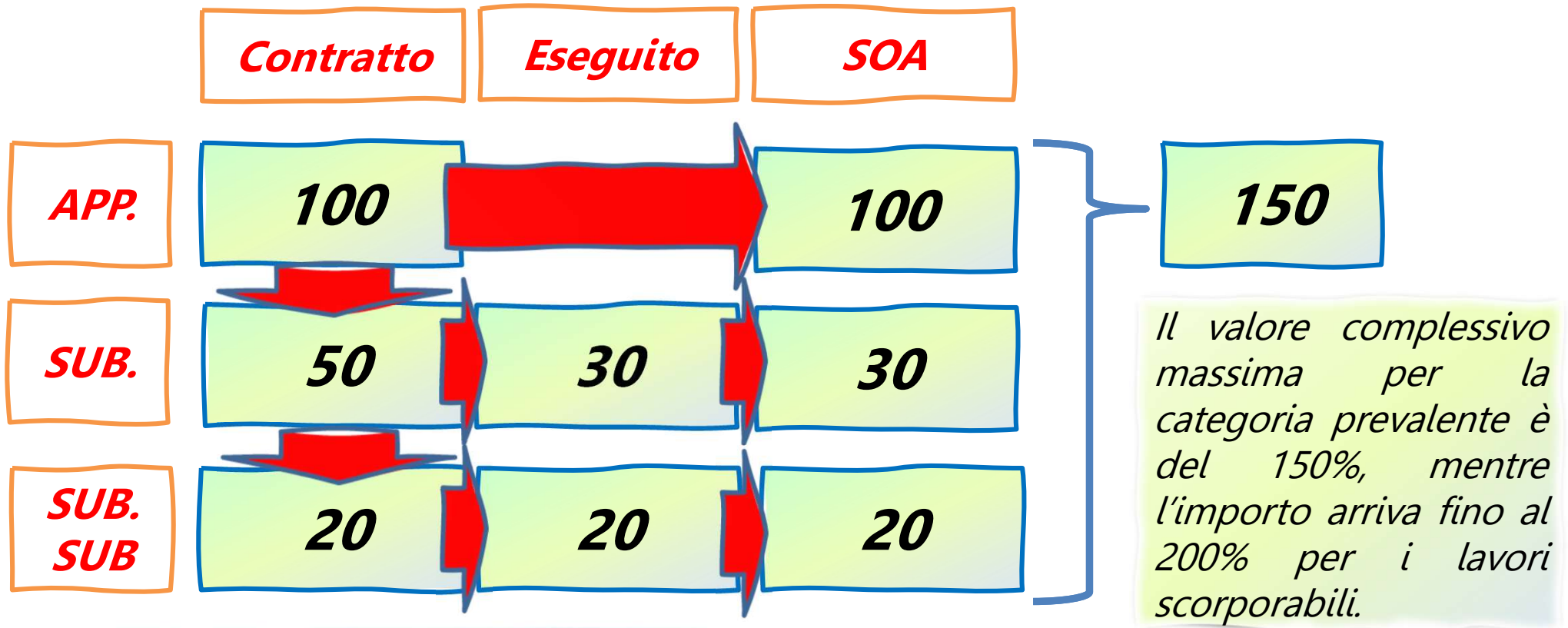
*a) le **lavorazioni eseguite** dalle subappaltatrici **sono classificabili ai sensi della Tabella A**; l'impresa subappaltatrice può utilizzare per la qualificazione il quantitativo delle lavorazioni eseguite aventi le caratteristiche predette;*

b) l'impresa affidataria può utilizzare:

1) i lavori nella categoria prevalente, per l'intero importo;

*2) i **lavori di ciascuna delle categorie scorporabili previste nel bando o nell'avviso di gara o nella lettera di invito, Tabella A, per l'intero importo.***

Riconoscimento lavori per SOA



Requisiti DT (100-133, II.12 e II.18)

4. Con il nuovo codice, i DT privi del titolo adeguato, saranno costretti a valutare le rimanenti opzioni:
- **gli architetti privi dell'abilitazione** potranno continuare a svolgere il proprio incarico, sebbene non potranno farlo a copertura del relativo requisito di imprese qualificate nella OG2,
 - **i soggetti del tutto privi di un titolo** potranno essere ancora nominati come Direttori Tecnici, ma solo per imprese qualificate fino alla classifica III-bis, cioè fino a un importo massimo di qualificazione pari a euro 1.500.000.

Manca la riproduzione della deroga ai requisiti minimi per i soggetti che, alla data di entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, "svolgevano la funzione di direttore tecnico presso un esecutore di contratti pubblici e che possedevano un'esperienza di almeno cinque anni" (fatte salve le eccezioni dell'OS2A-B, v. 84, 12-bis).

Ulteriori novità dell'allegato II.12 2/4

5. confermato il cd "avvalimento stabile" ossia la possibilità di attestazione tramite i requisiti infragruppo (26.2);
6. eliminato il riferimento alla dimostrazione in gara a *quote minime di mandanti e mandataria* (30);

Viene recepita l'indicazione della CGUE, secondo cui l'obbligo della mandataria di possedere i requisiti ed eseguire in misura maggioritaria l'appalto non era conforme alle direttive (C-642/2020), le quote di partecipazione al RTI o consorzio possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti

L'ausiliata presenta alla SOA la dichiarazione con cui l'ausiliaria assume l'obbligo di mettere a disposizione le risorse oggetto di avvalimento in favore dell'ausiliata per il periodo di validità dell'attestazione e documenta alla SOA il rapporto di controllo tra le imprese ai sensi dell'articolo 2359.1.2 c.c..

Categorie scorporabili (1.10)

7. Non sono previste più le soglie di scorporo, sebbene l'art. 91 del DPR 207/2010 e il d.lgs. n. 50/2016 prevedevano fin dalla prima stesura la definizione della categoria prevalente e delle categorie scorporabili, identificando queste ultime con le categorie di lavori non appartenenti alla prevalente e comunque di importo superiore al 10% dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, ovvero di importo superiore a 150.000 euro (3.1,1 "oo-bis" e "oo-ter").

Sebbene le categorie scorporabili siano citate (e utilizzate) in più parti dal codice n. 36/2023 (vedi ex multis, all. 1.10, art. comma 7, lett. "b" e "c"), lo stesso non riproduce al una loro definizione di scorporo.

Nelle more di una modifica del codice, è quindi utile sottolineare la prioritaria necessità che, al fine di consentire un corretto svolgimento delle gare d'appalto, e garantire l'idonea qualificazione dell'OE esecutore, che tali opere scorporabili vengano individuate anche ricorrendo ad un atto interpretativo.

Ulteriori novità dell'allegato II.12 3/4

8. Dubbia la permanenza della la distinzione fra categorie a qualificazione obbligatoria e non, di conseguenza che consente in alcuni casi all'OE di non essere sempre qualificato nella categoria che esegue.
9. Eliminato l'obbligo di una quota massima sul subappalto delle SIOS, di cui non sembrerebbe prevista più alcuna elencazione (art. 30);

L'ANAC presentando il codice 36/23 supera la mancanza di un allegato, riproduttivo del DM (MIT) 248/2016, sulle SIOS, richiamate indirettamente nell'articolo dell'avvalimento (art. 104) e previste nell'allegato della progettazione, ove viene specificato che delle stesse deve essere data evidenza qualora una o più di tali opere superi in valore il 15% dell'importo totale dei lavori (l.7, 40.2.F, punto 9), richiamando la vigenza dell'art. 12 del DL 47/14 (L. 80/14) in cui è presente un'elencazione delle SIOS, sebbene non coincidente con quella del citato DM 248. a valle del codice 163/2016 (v. CDS 5972/23).

Opere super specialistiche (104.11)

- ❖ Nell'articolo dedicato all'avvalimento, viene specificato che, per appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le SA possono prevedere:
 - nei documenti di gara che taluni **compiti essenziali**, ivi comprese le opere per le quali sono necessari **lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico** o di rilevante **complessità tecnica**, quali strutture, impianti e opere speciali (SIOS),
 - che siano **direttamente svolti dall'offerente** o, nel caso di un'offerta presentata da un RTI, da un partecipante al raggruppamento (104.11).

Sebbene la individuazione di tali opere sia fatta in sede di progettazione l.7, nell'allegato II.12 non è tuttavia presente un elenco di tali categorie

Ulteriori novità dell'allegato II.12 4/4

10. I requisiti, previsti per lavori pubblici \leq €150K, sono determinati e documentati con il documento di gara unico europeo, redatto in forma digitale (91.3).
11. viene confermata e addirittura duplicata (68.12 e 30.4 II.12) la cooptazione ossia la possibilità di associare imprese non specificatamente qualificate.

4. In conclusione, può dedursi che

*... nonostante la relazione al codice paventasse grandi novità, la riscrittura sul sistema di qualificazione, tutto è sostanzialmente rimandato al futuro decreto sostitutivo dell'allegato II.12, che prevede **un sistema di qualificazione degli OE anche per gli appalti di servizi e forniture, oltre che per i lavori (100)***

Aggiudicazione dell'appalto

*“Arrivare secondo significa soltanto essere
il primo degli sconfitti” - Ayrton Senna*

Criteri di aggiudicazione (108)

- ❖ Restano criteri di aggiudicazione degli appalti:
 - *il prezzo più basso e*
 - *l'offerta economicamente più vantaggiosa*, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, valutata sulla base di criteri **oggettivi**, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, **connessi all'oggetto dell'appalto**.
- ❖ Le SA possono prevedere criteri premiali atti a favorire:
 - la partecipazione delle MPMI (108.7 vedi vant).
 - le imprese che attestano, anche con autocertificazione, il possesso dei requisiti di cui all'art. 46-bis del codice delle pari opportunità (d.lgs. n. 198/06).

*Nell'OEPV viene
soppresso – rispetto
al Codice 50/2016 –
**il tetto max del
30%** per l'incidenza
dell'elemento prezzo,
che rimane **solo in
relazione ai
contratti ad alta
intensità di
manodopera** e nello
approvvigionamento
di **beni e servizi
informatici** il tetto è
del 10%*

Limitazioni alla scelta delle SA (108.2.3)

❖ Nella scelta del criterio di aggiudicazione, la SA tiene conto del fatto che:

... sono aggiudicati ***esclusivamente sulla base del criterio dell'OEPV:***

- a) **servizi sociali e di ristorazione** ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera;
- b) **servizi di ingegneria/architettura** o di natura tecnica/intellettuale da €140K;
- c) servizi e forniture di importo \geq €140K e i **lavori**, se di **notevole contenuto tecnologico o innovativo**;
- d) **dialogo competitivo e partenariato per l'innovazione**;
- e) affidamenti di **appalto integrato**.

... **può essere utilizzato minor prezzo** per i servizi e le forniture con **caratteristiche standardizzate** o le cui **condizioni sono definite dal mercato**, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera.

Criteri PMI e localismo (108.7)

❖ Nelle procedure aperta, ristretta, competitiva con negoziazione, dialogo competitivo, partenariato per l'innovazione e procedura negoziata SpB (LII.PIV),

1. ai fini della **tutela della libera concorrenza** e della **promozione del pluralismo** degli OE nel mercato,
2. compatibilmente con il diritto dell'UE e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità,

le SA possono prevedere criteri premiali per:

Possono essere previsti "criteri premiali per le imprese che attestano, anche con autocertificazione, i requisiti di cui al codice delle pari opportunità (46-bis, d.lgs. 198/06).

*... la partecipazione delle **PMI***

*... le prestazioni dipendenti **dal principio di prossimità per la loro efficiente gestione, l'affidamento ad OE con sede operativa nell'ambito territoriale di riferimento***

Atto Presidente ANAC 12.5.2023

*La Regione Autonoma Valle d'Aosta aveva previsto, nell'avviso di manifestazione d'interesse, **che in caso di più di dieci operatori interessati, la selezione sarebbe avvenuta tramite estrazione a sorteggio pubblico, privilegiando cinque operatori con sede legale in Valle d'Aosta e cinque con sede legale nel resto d'Italia e d'Europa.***

Tuttavia, l'ANAC ha contestato questa previsione, sottolineando che l'utilizzo del solo criterio della sede legale non risponde al criterio di presenza sul territorio indicato dal legislatore e possono costituire una restrizione ingiustificata alla concorrenza.

*In sintesi, sebbene sia possibile considerare clausole a favore delle imprese locali, scelta discrezionale della Stazione appaltante; tale scelta tuttavia, **in base ai principi di trasparenza, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa** sanciti dall'articolo 97 Costituzione, avrebbe dovuto essere specificamente motivata ed adeguatamente esplicitata nell'Avviso di manifestazione di interesse". **E, comunque, garantire il rispetto del principio comunitario di non discriminazione.***

Altri elementi di valutazione (109, 110)

❖ LA SA valuta l'offerta:

- preso atto della reputazione dell'impresa, basata accertamenti definitivi che esprimono l'affidabilità dell'impresa in fase esecutiva, il rispetto della legalità e l'impegno sul piano sociale. Il monitoraggio delle prestazioni degli esecutori dei contratti pubblici, collegato con il FVOE, è gestito dall'ANAC (109, +18 m per l'entrata in vigore).
- valutata congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità della migliore offerta, laddove non appaia anormalmente bassa (110);

Nella bozza di **ll. gg.** del 2016, **l'ANAC** specificava che il rating di impresa era richiesto su base volontaria da parte dei singoli OE per le seguenti finalità:

- a) **qualificazione** per i servizi, forniture e lavori (infra €150K);
- b) **ICP SOA**;
- c) calcolo dell'**OEPV**;
- d) riduzione delle **garanzie**.

L'esclusione automatica è solo sotto soglia Ue.

Esecuzione del contratto

“La perseveranza è il duro lavoro che fai dopo che ti sei stancato del duro lavoro che hai fatto” – Newt Gingrich

Subappalto 1/2 (119)

- ❖ Con riferimento al subappalto:
 - Nullo l'accordo con cui a terzi sia affidata l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni appaltate, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla categoria prevalente (in luogo del complesso delle categorie prevalenti);
 - Non integrano subappalto l'affidamento a lavoratori autonomi e i contratti continuativi di cooperazione, servizio o fornitura preesistenti all'appalto se relativi a prestazioni "secondarie, accessorie o sussidiarie";
 - Il pagamento diretto è **aperto a qualsiasi subcontraente**, che entra in cantiere non solo al subappaltatore, fatta salva la facoltà per le regioni a statuto speciale e per le **province autonome di Trento e di Bolzano**, di disciplinare ulteriori casi di pagamento diretto dei subappaltatori.

Subappalto $\frac{1}{2}$ (119)

- ❖ Con riferimento al subappalto:
 - *trovano conferma* le modifiche al previgente Codice in ordine all' *eliminazione dei tetti percentuali, nei limiti del già noto DI 77/2021;*
 - viene introdotto il subappalto "a cascata"
 - adeguando ulteriormente l'istituto alla normativa ed alla giurisprudenza europea c.d. subappalto a cascata, vs. alla procedura di infrazione n. 2018/2273),
 - salvo che nei documenti di gara siano indicate prestazioni non passibili di subappalto a cascata per caratteristiche appalto ed esigenze controllo cantiere e luoghi di lavoro (tutela, salute, sicurezza lavoratori) o rischio infiltrazioni criminali

Quesiti

Grazie per l'attenzione