

DECRETO CORRETTIVO del CODICE DEI CONTRATTI

Prime considerazioni sulle principali novità per i lavori pubblici

QUALIFICAZIONE

- introduzione “a regime” degli **ultimi 10 anni** per il computo dei **requisiti** ai fini del conseguimento dell’attestazione **SOA** (art. 84, comma 4, lett. b);
- introduzione “a regime” della possibilità di utilizzare **i migliori 5 anni del decennio** per la dimostrazione del fatturato **nelle gare sopra i 20 mln** (art. 84, comma 7, lett. a);
- possibilità per i soggetti che, alla data di entrata in vigore del Codice, svolgevano la funzione di **direttore tecnico d’impresa** di continuare a ricoprire tale ruolo, purché in possesso di esperienza almeno quinquennale; fanno eccezione i direttori tecnici delle imprese qualificate in OS 2-A e OS 2-B (relative agli interventi di restauro su beni culturali mobili, superfici decorate di beni architettonici e materiali storicizzati di beni immobili di interesse storico artistico o archeologico) per i quali, in continuità con il previgente regime, è richiesto il titolo di restauratore (art. 84, comma 12 bis);
- **consorzi stabili**: eliminato il termine quinquennale trascorso il quale non sarebbe stato più possibile imputare al consorzio i requisiti maturati dalle consorziate (art. 47);

Valutazione associativa: *positiva*

- **previsione di requisiti specifici per qualificazione SOA per le categorie c.d. superspecialistiche** (art. 89, comma 11);
- regolazione della qualificazione SOA da attuare con **decreto del MIT, su proposta ANAC, anziché con linee guida ANAC** (art. 83, comma 2);

Valutazione associativa: *da monitorare attentamente, in fase di attuazione.*

PROCEDURE DI GARA E BANDI

- **obbligo di riferimento ai prezziari regionali aggiornati** che scadono annualmente il 31, **con utilizzo transitorio fino 30 giugno dell’anno successivo**, per i progetti a base di gara la cui approvazione sia intervenuta entro tale data, con intervento sostitutivo del MIT in caso di mancato aggiornamento (art. 23, comma 16)

- **definizione** di lavori di **manutenzione ordinaria e straordinaria** (art. 3, lettere oo quater e quinquies);
- reintroduzione della **soglia di scorporo delle categorie diverse dalla prevalente** laddove superiori al **10% o a 150.000 euro** (art 3, lett oo-ter), con esclusione delle categorie superspecialistiche, che sono sempre scorporate;
- **previsione del computo metrico estimativo**, richiamato nel bando o nell'invito, come documento **contrattuale** (art 32 comma 14 bis);
- **soccorso istruttorio** completamente **gratuito** (art. 83, comma 9);
- **divieto di porre a carico aggiudicatario i costi piattaforme elettroniche** (art. 41, comma 2 bis);

Valutazione associativa: *positiva.*

CAUSE DI ESCLUSIONE

- chiarimento sui soggetti in riferimento ai quali rendere le dichiarazioni sull'assenza delle cause di esclusione di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 80 (**procuratori ed institori**) (art. 80, comma 3);
- eliminato il riferimento all'art. 8 del decreto **sul DURC**, mantenendo invece il richiamo alla disciplina generale sul DURC, di cui al decreto stesso (art. 80, comma 4)
- chiarimento lessicale in materia di cause di esclusione riferita ai disabili (art. 80, comma 5, lettera i).

Valutazione associativa: *positiva*

- **assenza del riferimento al Casellario giudiziale** ai fini delle infrazioni in materia di **sicurezza** (art. 80, comma 5, lett. a);
- **eliminazione del preventivo parere dell'ANAC** in merito alla possibilità di autorizzare l'impresa fallita o in concordato ad partecipare alle gare/eseguire i lavori (art. 110, comma 3)
- **fissazione a 3 anni del termine di durata della pena accessoria relativa all'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione**, decorrenti dall'accertamento definitivo in materia di irregolarità contributive, fiscali o nelle fattispecie di cui al comma 5 dell'art. 80 (art. 80 comma 10), laddove tale pena sia stata disposta senza un termine finale e quando non sia intervenuta sentenza di condanna;

Valutazione associativa: *Sotto il profilo fiscale, contributivo e della sicurezza, la nuova formulazione del comma 10 suscita perplessità. In particolare, la pena accessoria dell'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione per un periodo di tre anni sembra applicarsi a decorrere dalla data dell'accertamento definitivo delle violazioni, ove però non sia intervenuta alcuna sentenza di condanna, ovverosia in presenza di atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione.*

Non è, tuttavia, chiaro a quali fattispecie debba essere applicata la novità normativa, laddove non sembrano sussistere ipotesi di atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione che comportino anche l'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione (tanto più che, ad esempio in materia fiscale, resta fermo, ai sensi del citato comma 4 dell'art.80, che fin quando non sia stato assolto il debito tributario resta confermata l' "irregolarità" del contraente e l'impossibilità per questo di partecipare alle gare pubbliche). Pertanto, sembra opportuno presentare istanza di chiarimenti nelle competenti sedi.

ESCLUSIONE AUTOMATICA DELLE OFFERTE ANOMALE

- **possibilità di ricorrere al criterio del minor prezzo elevata fino a 2 mln** di euro solo per le procedure ordinarie, e solo per gare su progetto esecutivo (art. 95 comma 4); per tale fascia d'importo, possibilità - non obbligo - di ricorso all'**esclusione automatica** delle offerte anomale, con metodo antiturbativa (art. 97 commi 2 e 8); in deroga a tale previsione, per i lavori sui beni culturali, il criterio del minor prezzo è ammesso fino a 500.000 euro;
- **correzioni dei diversi refusi ed introduzione di modifiche nei metodi di calcolo per la individuazione** della soglia di anomalia (art. 97, comma 2);

Valutazione associativa: *parzialmente positiva.*

Per i lavori, appare apprezzabile l'elevazione della possibilità di utilizzare l'esclusione automatica da 1 a 2 mln di euro e la correzione di alcuni refusi sui metodi di calcolo della soglia di anomalia.

Restano tuttavia esclusi i lavori affidati con procedura negoziata senza bando, in quanto quest'ultima non è una procedura ordinaria.

Per quanto, poi, attiene alle gare su progetto definitivo (appalto integrato), l'esclusione automatica delle offerte anomale non è mai applicabile, in quanto, per tali gare, è possibile applicare solo il criterio dell'OEPV.

Da tale quadro normativo, ne discende che la misura di semplificazione rappresentata dal metodo antiturbativa risulta depotenziata, considerato che l'85 per cento dei bandi per l'affidamento di lavori si colloca nella fascia d'importo tra 0 e 1 mln di euro, nella quale le amministrazioni ricorrono preferibilmente alle procedure non ordinarie (rectius le negoziate senza bando).

OEPV

- **divieto di trasformare OEPV in massimo ribasso "mascherato"** attraverso:
 - attribuzione di un **tetto massimo al prezzo pari al 30%** (art. 95, comma 10 bis);

- precisazione che le stazioni **appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive** rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta (art. 95, comma 14 bis).

Valutazione associativa: *positiva*.

COSTI DELLA MANODOPERA e ONERI SICUREZZA AZIENDALI – CCNL

- sembrerebbe abrogato il Durc di congruità per tutti i servizi e i lavori; resta ferma comunque la previsione inserita nell'art. 105 del codice, come da precedenti disposizioni, con le quali si rinvia a un Accordo tra Ministro e parti sociali ai fini della verifica della congruità negli appalti di lavori. (Art. 30 del codice)
- inserita la previsione secondo la quale nella offerta economica l'operatore deve indicare **i costi della manodopera e gli oneri aziendali** concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza, prevedendo che le stazioni appaltanti, con riferimento ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione, verifichino il rispetto dei costi di cui alle tabelle ministeriali.(art. 95 del codice)
- **l'indicazione degli oneri della sicurezza aziendali è esclusa** per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000,00 euro, oltreché per le forniture senza posa in opera e i servizi di natura intellettuale (art. 95 del codice).
- ai fini dell'individuazione dell'offerta anormalmente bassa, ritorna il **riferimento ai minimi salariali retributivi** di cui alle tabelle dei costi della manodopera rispetto alla formulazione del correttivo che si riferiva al costo orario medio del lavoro (art. 97 del codice)

Valutazione associativa: *positiva / da valutare*

COMMISSARI DI GARA

- nelle gare con OEPV **sotto 1 mln, o che non presentano particolare complessità (ossia svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione), individuazione** da parte delle stazioni appaltanti solo di **alcuni commissari di gara**, escluso il **Presidente, sempre scelto da lista ANAC**; **sopra 1 mln, e per gli appalti complessi, sorteggio di tutti i commissari effettuato dalle stazioni dalla lista comunicata ANAC** (art 77);

Valutazione associativa: *positiva*.

PROCEDURE NEGOZiate FINO A 1 MLN DI EURO

- nelle procedure negoziate senza bando fino ad 1 mln di euro; **elevazione a 15 del numero minimo dei soggetti da invitare**, (art. 36 comma 2 lett. b e c)

Valutazione associativa: positiva, in quanto misura di favore per la concorrenza.

Tuttavia, va rilevato che, In conseguenza della modifica sub art. 95, comma 4 (che per i lavori come precedentemente illustrato, limita la possibilità di ricorrere al prezzo più – e conseguentemente all'esclusione automatica delle offerte anomale, alle sole procedure ordinarie) discende che l'unico criterio di aggiudicazione delle procedure negoziate senza bando diventa l'OEPV, declinata come miglior rapporto "qualità-prezzo".

DIVIETO DI SORTEGGIO AI FINI DELL'INVITO ALLE PROCEDURE NEGOZiate

- **assenza di una previsione del divieto di sorteggio** ai fini dell'invito dei soggetti alle procedure negoziate;

Valutazione associativa: negativa

RATING DI LEGALITA' E RATING D'IMPRESA

- **eliminazione del rating di legalità** dal rating d'impresa (rilasciato da ANAC) (art. 83 comma 10);
- visione del **rating d'impresa** come **volontario e premiale** art. 83 comma 10);
- **calcolo del rating d'impresa** sulla base di **comportamenti tenuti in procedure avviate dopo entrata in vigore della nuova disposizione** (art. 83 comma 10);

Valutazione associativa: positiva.

- **rating d'impresa e di legalità, come elemento** di valutazione anche dell'**offerta economica** (art. 95, comma 13);
- **ai fini dell'attribuzione del rating di impresa**, si valuta anche il mancato utilizzo del **soccorso istruttorio** (art.83, comma 10);
- **possibilità di attribuire elementi premiali anche per comportamenti anteriori all'entrata in vigore del decreto correttivo** (art. 83 comma 10)

Valutazione associativa: negativa. Quanto agli elementi premiali, possibile criticità di coordinamento con la disposizione che fa scattare il rating solo per comportamenti successivi all'entrata in vigore del correttivo.

OPERE DI URBANIZZAZIONE:

- **possibilità di affidare con le regole previgenti le opere di urbanizzazione “a scomputo” previste nelle convenzioni stipulate ante nuovo codice** (art. 216, comma 27 quater). Si evidenzia che per l'affidamento delle **opere secondarie sotto soglia continuerà a trovare applicazione l'art. 122, comma 8 del D.lgs. 163/2006 e cioè la procedura negoziata con invito a 5 imprese;**
- **per le convenzioni stipulate post nuovo codice, possibilità di affidare le opere di urbanizzazione secondaria sotto soglia di valore fino ad 1 mln di euro** (art. 36, comma 3) con:
 - **affidamento diretto**, per le opere di importo inferiore a 40.000 euro;
 - **procedura negoziata con consultazione di almeno 10 operatori economici**, per le opere di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro;
 - **procedura negoziata con consultazione di almeno 15 operatori economici**, per le opere di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 euro;
- **eliminazione dell'obbligo di qualificazione dei privati come stazione appaltanti, quando affidano le opere “a scomputo”** (art. 38, comma 10) ;
- **deroga al divieto di appalto integrato per le gare relative alla realizzazione delle opere di urbanizzazione** (art. 59, comma 1).

Valutazione associativa: *positiva.*

- **precisazione sulle modalità di calcolo del valore delle opere di urbanizzazione primarie**, che impone di tener conto dell'importo di tutti gli eventuali lotti (art. 36, comma 4).

Valutazione associativa: *la modifica sembra rispondere ad un rilievo comunitario e potrebbe comportare una potenziale riduzione della possibilità di esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione.*

APPALTO INTEGRATO

- **deroga al divieto di appalto integrato per progetti definitivamente approvati alla data di entrata in vigore del Codice (20 aprile 2016), a condizione che vengano**

appaltanti entro 12 mesi dalla data di entrata in vigore della nuova disposizione (art. 216, comma 4 bis)

- possibilità di appalto su progetto definitivo per lavori **sui beni culturali** (art. 147, comma 4)

Valutazione associativa: *positiva.*

SUBAPPALTO – art. 105

- confermato il limite del 30 per cento complessivo (comma 2);
- ritorno alla definizione di contratti simili contenuta nel D.lgs. n. 163/06 (comma 2);
- eliminata la facoltà per le stazioni appaltanti di indicare nel bando la possibilità di subappalto, con la conseguenza che si torna alla previgente disciplina per cui il **subappalto è un diritto dell'appaltatore** (comma 4);
- inserito il **divieto di affidare in subappalto i lavori all'operatore economico che ha partecipato** alla procedura di gara (comma 4);
- obbligatoria la nomina della **terna dei subappaltatori in offerta** per i soli lavori sopra soglia e per quelli che, indipendentemente dall'importo, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazioni malavitose, di cui all'art. 1, comma 53 della legge 190/2012; nei lavori sottosoglia, prevista solo la necessità della verifica circa l'assenza delle cause di esclusione in capo al subappaltatore, prima della stipula del relativo contratto (comma 6);
- assenza di una norma che consenta l'attribuzione di un **premio di coordinamento** per la qualificazione dell'appaltatore attraverso i lavori dati in subappalto.
- permanenza parziale **divieto subappalto per opere superspecialistiche – se d'importo superiore al 10% dei lavori** - in caso di mancanza di requisiti da parte dell'appaltatore principale (comma 5);
- mantenimento dell'**esclusione dell'appaltatore in caso di assenza dei requisiti generali in capo al subappaltatore**, ove richiesta l'indicazione in offerta (art. 80, comma 1 e comma 5; assenza di analoga previsione per i concessionari- art. 174)
- permanenza del **limite del 20% al ribasso** praticabile al subappaltatore

Valutazione associativa: *negativa; al netto di qualche miglioramento della norma, restano numerose criticità, tenuto conto altresì della nota della Commissione UE che ha invitato il Governo italiano a riformulare la disciplina sul subappalto in conformità alle previsioni comunitarie, che garantiscono, in linea di principio, la piena libertà di subappalto.*

PERMUTA

- **introduzione miglioramento istituto della permuta**, con possibilità per l'appaltatore, qualora vi abbia interesse, di **nominare direttamente il terzo**

acquirente dell'immobile, in modo da evitare il doppio passaggio di proprietà (art. 191, comma 1);

Valutazione associativa: *positiva*

CONTRAENTE GENERALE

- ricorso al **general contractor** solo per opere pari o superiori a **100 milioni** di euro (art. 195, comma 1)

Valutazione associativa: *positiva*

LAVORI IN HOUSE

- ulteriore requisito in merito alla partecipazione del capitale privato alla società in house, che non deve comportare altresì **potere di controllo o di veto** (art. 5, comma 1 lettera c);

Valutazione associativa: *positiva*

CONCESSIONI E PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO (ART.101, 104 E 107)

- **Innalzamento dal 30 al 49% del limite del contributo pubblico massimo ammesso nelle concessioni e nei contratti di partenariato pubblico privato** (art.165, comma 2).
- In tema di **closing finanziario**, viene **soppresso il termine rigido dei 12 mesi**, e viene previsto che sia l'amministrazione a stabilire nel bando di gara una scadenza per la sottoscrizione del contratto di finanziamento, comunque non superiore a 18 mesi, oltre la quale viene stabilita la risoluzione del contratto (art. 165, comma 5).
- **Rimborso dei costi di hedging**, in caso di rescissione dal contratto di concessione per inadempimento del concedente o per motivi di pubblico interesse (art. 176, comma 4).
- in caso di cessazione del rapporto concessorio per fatti non imputabili al concessionario, si consente a quest'ultimo **di proseguire nella gestione ordinaria** dell'opera, incassandone i ricavi, fino al subentro del nuovo concessionario (art. 176, comma 5 bis);
- chiarito che il contratto di PPP può essere utilizzato dalle amministrazioni concedenti **per qualsiasi tipologia di opera pubblica**

- **previsione del riferimento alla cauzione provvisoria – e non più definitiva – a corredo della proposta del promotore**, per ipotesi di project financing fuori programmazione (art. 183, comma 15);
- nel PPP, possibilità di **ridurre il canone all'operatore economico solo se la mancata o ridotta disponibilità dell'opera sia imputabile all'operatore stesso** (art. 180, comma 4)

Valutazione associativa: *positiva, in quanto misure di favore per le operazioni di partenariato.*

- Nei contratti di Partenariato Pubblico Privato, in caso di mancato accordo sulla revisione del PEF, conseguente a fatti non imputabili al concessionario, a questi vengono rimborsati il valore delle opere realizzate, al netto degli ammortamenti, e dei costi sostenuti dal concessionario, nonché le penali e gli altri oneri conseguenti alla risoluzione; sono esclusi dal rimborso i cosiddetti “costi di hedging”, ovvero degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse (art. 182 comma 3).

Valutazione associativa: *negativa, perché può incidere negativamente sulla bancabilità delle operazioni.*

CONCESSIONARI SENZA GARA – art. 177

- mantenimento dell'obbligo di esternalizzare l'80% dei lavori

Valutazione associativa: *positiva. La regola europea impone, ai soggetti che hanno avuto le concessioni senza gara, di affidare a terzi il 100% dei lavori di rispettiva competenza. Ciò posto, appare positiva la conferma, per **le concessioni non affidate con procedure ad evidenza pubblica** ai sensi delle direttive UE in materia di appalti e concessioni, la soluzione di compromesso – contenuta nella legge delega e riprodotta nel Codice - che **almeno l'80% (anziché il 100%, come imposto dalla Commissione Europea)** di tali lavori venga esternalizzato dai predetti concessionari entro 24 mesi dall'entrata in vigore delle nuove regole.*

SOMMA URGENZA

- **estesa la possibilità di ricorso ai lavori di somma urgenza** di cui all'art. 163 del Codice, oltre agli eventi calamitosi, anche ai casi di eventi naturali o connessi con

l'attività dell'uomo, che possono essere fronteggiati mediante interventi attuabili dai singoli enti e amministrazioni competenti in via ordinaria, o anche richiedano il coordinamento di più enti o amministrazioni competenti in via ordinaria; ciò a prescindere dalla dichiarazione dello stato di calamità.

Valutazione associativa: *negativa*.

CAM

- **obbligo di applicare i CAM per i lavori di ristrutturazione – inclusi quelli di demolizione e ricostruzione – ove possibile e in funzione** della tipologia di intervento, sulla base di specifici criteri stabili dal Ministero dell'Ambiente, (art. 34, comma 3);

Valutazione associativa: *positiva*.

ESECUZIONE, PAGAMENTI E CONTABILITA'

- introduzione **di un tetto massimo alle penali**, in caso di ritardo nell'esecuzione (art. 113 bis);
- reintroduzione **appalti a corpo e a misura** (art. 59, comma 5 bis);
- **recesso nelle ATI per sopravvenute esigenze organizzative, anche se l'ATI si riduca ad un unico soggetto** (art. 48, comma 19);
- introduzione della possibilità **per il consorzio stabile di incaricare ai fini dell'esecuzione dei lavori un'impresa diversa da quella indicata in offerta**, per fatti o atti sopravvenuti e semprechè la modifica non sia finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara in capo all'impresa consorziata (art. 48, comma 7 bis);
- introduzione **certificato di regolare esecuzione** in luogo di quello di collaudo **per lavori fino 1 mln di euro; sopra 1 mln e fino a soglia comunitaria**, nei casi indicati sul DM sul collaudo (art. 102, comma 2)

Valutazione associativa: *positiva*

CONTENZIOSO

- **inserimento** termine di decadenza di **60 gg** per l'impresa per proporre azione in sede giurisdizionale in caso di fallimento dell'accordo bonario (art. 205, comma 6 bis);
- **soppressione collegio consultivo tecnico** ai fini della risoluzione delle controversie relative all'esecuzione dei lavori (art. 207);

Valutazione associativa: *negativa*.

ANAC

- **eliminazione del potere di raccomandazione vincolante** e delle relative sanzioni (art. 211, comma 2)

Valutazione associativa: *negativa*.

Roma, 8 maggio 2017