

Opinione Legale

Approvato il Ddl Delega che recepisce le direttive su appalti e concessioni

Dopo l'ok del Senato, il Governo lavora al nuovo codice: ecco le principali novità

Claudio Guccione
Avvocato
Fondatore di P&I - Studio Legale Guccione & Associati

Lo scorso 14 gennaio, il Senato ha approvato in via definitiva il disegno di legge di "Delega al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture". Il ddl, composto di un solo articolo, delega il Governo a redigere, entro il 18 aprile 2016, un nuovo codice degli appalti pubblici e delle concessioni e la conseguente abrogazione delle attuali disposizioni normative. Tra i criteri della delega: i) la razionalizzazione del quadro normativo a fini di semplificazione dei procedimenti; la trasparenza e pubblicità delle procedure di gara; ii) la riduzione degli oneri documentali a carico dei soggetti partecipanti; il contenimento dei tempi e la piena verificabilità dei flussi finanziari; iii) la razionalizzazione ed estensione delle forme di partenariato pubblico privato; la revisione del

sistema di qualificazione degli operatori economici; iv) la razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto; v) il miglioramento delle condizioni di accesso, per le piccole e medie imprese e le imprese di nuova costituzione, al mercato degli appalti pubblici e delle concessioni; vi) l'individuazione di modalità volte a garantire i livelli minimi di concorrenzialità, trasparenza e parità di trattamento; vii) la trasparenza nella eventuale partecipazione dei portatori qualificati di interessi ai processi decisionali finalizzati alla programmazione e all'aggiudicazione di appalti pubblici e concessioni; viii) il rafforzamento delle funzioni di organizzazione, di gestione e di controllo della stazione appaltante sull'esecuzione delle prestazioni, attraverso verifiche effettive e non meramente documentali, con particolare riguardo ai poteri di verifica e intervento del responsabile del procedimento, del direttore dei lavori nei contratti di lavori e del direttore dell'esecuzione del contratto nei contratti di servizi e forniture.

Di seguito, si evidenziano molto brevemente le principali novità previste dalla legge delega in commento.

L'ANAC

La delega attribuisce all'Anac funzioni di vigilanza più ampie nel settore degli appalti e delle concessioni, comprendenti anche i poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare e sanzionatorio, nonché di adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante. L'autorità avrà il compito di stilare le linee guida per l'attuazione del codice insieme al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti; gestirà l'albo nazionale dei commissari di gara, l'elenco delle società in house, la qualificazione delle stazioni appaltanti; dovrà controllare il rispetto delle quote di assegnazione degli appalti in house da parte delle concessionarie. Sono previsti ulteriori poteri sanzionatori in capo all'ANAC: potranno essere sanzionate PA inadempienti sulla comunicazione delle varianti, le stazioni appaltanti carenti nei controlli in cantiere, le imprese che non denunciano fenomeni di estorsione e corruzione. La delega impone, altresì, di individuare le norme del codice che se violate fanno scattare le penali dell'Anticorruzione.

Variazioni progettuali

Tra le principali novità contenute nella delega, vi è l'introduzione di misure volte a contenere il ricorso a variazioni progettuali in corso d'opera, distinguendo in modo

dettagliato tra variazioni sostanziali e non sostanziali, in particolare nella fase esecutiva. Ogni variazione in corso d'opera dovrà essere adeguatamente motivata e giustificata unicamente da condizioni imprevedute e imprevedibili e, comunque, dovrà essere debitamente autorizzata dal responsabile unico del procedimento, con particolare riguardo all'effetto sostitutivo dell'approvazione della variazione rispetto a tutte le autorizzazioni e gli atti di assenso comunque denominati e assicurando sempre la possibilità, per l'amministrazione committente, di procedere alla risoluzione del contratto quando le variazioni superino determinate soglie rispetto all'importo originario, garantendo al contempo la qualità progettuale e la responsabilità del progettista in caso di errori di progettazione e prevedendo, altresì, l'applicazione di uno specifico regime sanzionatorio in capo alle stazioni appaltanti per la mancata o tardiva comunicazione all'ANAC delle variazioni in corso d'opera per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria.

Offerta economicamente più vantaggiosa

In secondo luogo, la delega prescrive l'utilizzo, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, per l'aggiudicazione degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita e includendo il "miglior rapporto qualità/prezzo" valutato con criteri oggettivi sulla base degli aspetti qualitativi, ambientali o sociali connessi all'oggetto dell'appalto pubblico o del contratto di concessione. Viene prevista la regolazione espressa dei criteri, delle caratteristiche tecniche e prestazionali e delle soglie di importo entro le quali le stazioni appaltanti ricorrono al solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta, nonché l'indicazione delle modalità di individuazione e valutazione delle offerte anomale, che rendano non predeterminabili i parametri di riferimento per il calcolo dell'offerta anomala, con particolare riguardo ad appalti di valore inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria.

Presso l'ANAC l'Albo dei Commissari di gara

La delega prescrive la creazione, presso l'ANAC, di un albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici di appalti pubblici e contratti di concessione, prevedendo: i) ai fini dell'iscrizione all'albo, specifici requisiti di moralità, di competenza e di profes-



L'avvocato Claudio Guccione è referente scientifico dell'Executive Master in Management delle Imprese di Costruzione della LUISS Business School (claudio.guccione@peilex.com)



sionalità nello specifico settore cui si riferisce il contratto, nonché le cause di incompatibilità e di cancellazione dal medesimo albo; ii) l'assegnazione dei componenti alle commissioni giudicatrici mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati indicati alle stazioni appaltanti in numero almeno doppio rispetto ai componenti da nominare e comunque nel rispetto del principio di rotazione; iii) che l'ANAC adotti con propria determinazione la disciplina generale per la tenuta dell'albo, comprensiva dei criteri per il suo aggiornamento.

Incarichi di collaudo

Oltre alla creazione, presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, di un albo nazionale obbligatorio dei soggetti che possono ricoprire rispettivamente i ruoli di responsabile dei lavori (RdL), di direttore dei lavori (DL) e di collaudatore negli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale, il Ddl delega al Governo la revisione della disciplina di affidamento degli incarichi di collaudo a dipendenti appartenenti ai ruoli della pubblica amministrazione e in trattamento di quiescenza, prevedendo il divieto di affidamento dell'incarico di collaudo per appalti di lavori pubblici di importo superiore alle soglie di rilevanza comunitaria, ubicati nella regione sede dell'amministrazione di appartenenza, e disponendo un limite all'importo dei corrispettivi.

Valorizzazione della fase progettuale

Inoltre, la legge delega prescrive i) la valorizzazione della fase progettuale negli appalti pubblici e nei contratti di concessione di lavori, promuovendo la qualità architettonica e tecnico-funzionale, anche attraverso lo strumento dei concorsi di progettazione e il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici, limitando radicalmente il ricorso all'appalto integrato, tenendo conto in particolare del contenuto innovativo o tecnologico delle opere oggetto dell'appalto o della concessione in rapporto al valore complessivo dei lavori e prevedendo di norma la messa a gara del progetto esecutivo; ii) l'e-

scusione dell'affidamento dei lavori sulla base della sola progettazione di livello preliminare, nonché, iii) con riferimento all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e di tutti i servizi di natura tecnica, l'esclusione del ricorso al solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta. Viene prescritta la revisione e semplificazione della disciplina vigente per il sistema della validazione dei progetti, stabilendo la soglia di importo al di sotto della quale la validazione è competenza del responsabile unico del procedimento nonché il divieto, al fine di evitare conflitti di interesse, dello svolgimento contemporaneo dell'attività di validazione con quella di progettazione. Al fine di incentivare l'efficienza e l'efficacia nel perseguimento della realizzazione e dell'esecuzione a regola d'arte, nei tempi previsti dal progetto e senza alcun ricorso a varianti in corso d'opera, sarà destinata una somma non superiore al 2 per cento dell'importo posto a base di gara per le attività tecniche svolte dai dipendenti pubblici relativamente alla programmazione della spesa per investimenti, alla predisposizione e controllo delle procedure di bando e di esecuzione dei contratti pubblici, di direzione dei lavori e ai collaudi, con particolare riferimento al profilo dei tempi e dei costi, escludendo l'applicazione degli incentivi alla progettazione.

Procedure di PPP

Al fine di agevolare e ridurre i tempi delle procedure di partenariato pubblico e privato (PPP), la legge delega prescrive che nel nuovo codice dovranno essere espressamente previste, previa indicazione dell'amministrazione competente, le modalità e le tempistiche per addvenire alla predisposizione di specifici studi di fattibilità che consentano di porre a gara progetti con accertata copertura finanziaria derivante dalla verifica dei livelli di bancabilità, garantendo altresì l'acquisizione di tutte le necessarie autorizzazioni, pareri e atti di assenso comunque denominati entro la fase di aggiudicazione.

Sistema di qualificazione degli operatori economici

Il Ddl impone la revisione del vigente sistema di qualificazione degli operatori economici in base a criteri di omogeneità, trasparenza e verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite, introducendo, inoltre, misure di premialità, regolate da un'apposita disciplina generale fissata dall'ANAC con propria determinazione e connesse a criteri "reputazionali" basati su parametri oggettivi e misurabili e su accertamenti definitivi concernenti il rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e la gestione dei contenziosi, nonché assicurando gli opportuni raccordi con la normativa vigente in materia di rating di legalità.

Procedimento per la decadenza e sospensione delle attestazioni

La delega detta i principi e i criteri direttivi applicabili al procedimento per la decadenza e la sospensione delle attestazioni, prevedendo: i) l'attribuzione della relativa competenza all'ANAC; ii) la previsione che il curatore del fallimento possa partecipare alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, che possa essere affidatario di subappalti e che possa stipulare i relativi contratti quando l'impresa fallita è in possesso delle necessarie attestazioni ed è stato autorizzato l'esercizio provvisorio; iii) la previsione che il curatore del fallimento, quando è stato autorizzato l'esercizio provvisorio, possa eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita; iv) la previsione che l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale possa partecipare alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, o essere affidataria di subappal-

OSSERVATORIO NORMATIVO

■ Decreto Legge del 30 dicembre 2015, n. 210, recante "Proroga di termini previsti da disposizioni legislative" (cd. "Milleproroghe"), (15G00225), pubblicato in GU, Serie Generale n. 302 del 30/12/2015.

■ Legge 28 dicembre 2015, n. 208, recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato" (Legge di sta-

bilità 2016), pubblicato in GU, Supplemento Ordinario 30 dicembre 2015, n. 302.

■ Regolamento di esecuzione UE 2016/7 della Commissione del 5 gennaio 2016 che stabilisce il modello di formulario per il documento di gara unico europeo, pubblicato GUUE del 6 gennaio 2016, n. L 3/16.



ti e stipulare i relativi contratti, senza necessità di avvalersi dei requisiti di altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto; v) la previsione che l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale o concessione di beni o che ha presentato domanda di concordato (ex art. 161 co. 6, del R.D. 16 marzo 1942, n. 267), possa eseguire i contratti già stipulati dall'impresa stessa; vi) la disciplina dei casi in cui l'ANAC può (nelle fattispecie appena descritte) sentito il giudice delegato alla procedura di fallimento o concordato preventi-

vo e acquisito il parere del curatore o del commissario giudiziale, subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che il curatore o l'impresa in concordato si avvalgano di un altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica, nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, che si impegni nei confronti dell'impresa concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del con-

tratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa nel corso della gara, ovvero dopo la stipulazione del contratto, non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto o alla concessione.

Avvalimento

La delega impone la revisione della disciplina vigente in materia di avvalimento, nel rispetto dei principi dell'Unione europea e di quelli desumibili dalla giurisprudenza amministrativa in materia, imponendo che il contratto di avvalimento indichi nel dettaglio le risorse e i mezzi prestati, con particolare riguardo ai casi in cui l'oggetto di avvalimento sia costituito da certificazioni di qualità o certificati attestanti il possesso di adeguata organizzazione imprenditoriale ai fini della partecipazione alla gara, e rafforzando gli strumenti di verifica circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto di avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria nonché circa l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto, al fine di escludere la possibilità di ricorso all'avvalimento a cascata e prevedendo che non possa essere oggetto di avvalimento il possesso della qualificazione e dell'esperienza tecnica e professionale necessaria per eseguire le prestazioni da affidare.

Affidamenti in house

La delega prescrive adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure anche per gli appalti pubblici e i contratti di concessione tra enti, nell'ambito del settore pubblico, cosiddetti affidamenti in house: i) prevedendo, anche per questi enti, l'obbligo di pubblicazione di tutti gli atti connessi all'affidamento; ii) assicurando, anche nelle forme di aggiudicazione di-

retta, la valutazione sulla congruità economica delle offerte, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, e iii) prevedendo l'istituzione, a cura dell'ANAC, di un elenco di enti aggiudicatori di affidamenti in house ovvero che esercitano funzioni di controllo o di collegamento rispetto ad altri enti, tali da consentire gli affidamenti diretti. L'iscrizione nell'elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti. La domanda di iscrizione consente all'ente aggiudicatore, sotto la propria responsabilità, di conferire all'ente con affidamento in house, o soggetto al controllo singolo o congiunto o al collegamento, appalti o concessioni mediante affidamento diretto.

Novità in materia di concessioni

Il Ddl prevede una importante novità in materia di concessioni, ovvero l'obbligo per i soggetti pubblici e privati, titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici già esistenti o di nuova aggiudicazione (se affidate senza procedure di evidenza pubblica), di affidare una quota pari all'80 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro mediante procedura ad evidenza pubblica, stabilendo che la restante parte possa essere realizzata da i) società in house per i soggetti pubblici ovvero ii) da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero iii) tramite operatori individuati mediante procedure ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato. La delega affida all'ANAC l'attività di verifica del rispetto di tali previsioni e prevede clausole

sociali per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità. Per le concessioni già in essere, viene previsto un periodo transitorio di adeguamento non superiore a ventiquattro mesi. Dal predetto obbligo rimangono escluse le concessioni in essere o di nuova aggiudicazione affidate con la formula della finanza di progetto e le concessioni in essere o di nuova aggiudicazione affidate con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea per le quali continuano comunque ad applicarsi le disposizioni in materia di affidamento di contratti di appalto vigenti alla data di entrata in vigore della legge delega. La delega prescrive, poi, l'avvio delle procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento delle nuove concessioni autostradali non meno di ventiquattro mesi prima della scadenza di quelle in essere, con revisione del sistema delle concessioni autostradali, con particolare riferimento all'introduzione di un divieto di clausole e disposizioni di proroga, in conformità alla nuova disciplina generale dei contratti di concessione. Inoltre, viene prevista una particolare disciplina transitoria per l'affidamento delle concessioni autostradali che, alla data di entrata in vigore del decreto di recepimento delle direttive, siano scadute o prossime alla scadenza, onde assicurare il massimo rispetto del principio dell'evidenza pubblica, nonché, per le concessioni per le quali l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sul concessionario un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi, dei principi desumibili dall'art. 17 della direttiva 2014/23/UE.

Il subappalto

Il Ddl prevede l'introduzione nei contratti di lavori, servizi e forniture di una disciplina specifica per il subappalto, prevedendo in particolare: i) l'obbligo per il concorrente di indicare in sede di offerta le parti del contratto che intende subappaltare; ii) l'espressa individuazione dei casi specifici in cui vige l'obbligo di indicare, in sede di offerta, una terna di nominativi di subappaltatori per ogni tipologia di attività prevista in progetto in aperta antitesi, si evidenzia, con la sentenza del Consiglio di Stato Ad. Plen. n. 9/2015, che ha chiarito non essere necessaria l'indicazione dei subappaltatori in sede di offerta; iii) l'obbligo di dimostrare l'assenza in capo ai subappaltatori indicati di motivi di esclusione e di sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza di motivi di esclusione; iv) l'obbligo per la stazione appaltante di procedere al pagamento diretto dei subappaltatori in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore o anche su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente, per i servizi, le forniture o i lavori forniti; v) ove il subappaltatore sia una microimpresa o una piccola impresa, l'espressa individuazione delle fattispecie in cui la stazione appaltante procede al pagamento diretto, fatta salva la facoltà per le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e di Bolzano, sulla base dei rispettivi statuti e delle relative norme di attuazione e nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea, di disciplinare ulteriori casi di pagamento diretto dei subappaltatori. ■■



la soluzione nel drenaggio!

Da sempre Varisco offre agli operatori del drenaggio e delle installazioni wellpoint la più vasta gamma di soluzioni: pompe autoadescanti fino a 12" vuotoassistite, pompe centrifughe dry prime da 4" a 12", anche con cabina di insonorizzazione. Pompe sommergibili Grindex in alluminio fino a 10". Impianti wellpoint con punte filtranti e tubazioni in tecnopolimero.



albatross



Pompe centrifughe
a girante aperta
Coperchio con cerniera
per facile ispezione



muteline



grindex



Super Z