

La riforma della disciplina dei contratti pubblici

Pierdanilo Melandro

ITACA



Il subappalto

Anzitutto, è modificata la definizione dei subaffidamenti che costituiscono subappalti.

«Costituisce, comunque, subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività **ovunque espletate** che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo:

se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare».

Inoltre, la riscrittura dell'art. 105 prevede una modifica del quadro autorizzatorio:

- Comma 4: abrogazione della facoltà della stazione appaltante di prevedere nel bando le categorie di lavorazioni che possono essere affidate in subappalto.

Il correttivo tenta di riportare la disciplina nell'alveo europeo che, tra direttive e pronunce della Corte di giustizia, non ha conosciuto limiti al subappalto

- È Confermata la soglia di «subappaltabilità» del 30% del valore complessivo del contratto (da questo calcolo è esclusa la quota consentita e riferita alle categorie superspecialistiche)

Il subappalto

- Si chiede al subappaltatore di non aver partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto, fermo restando che tale soggetto deve possedere, in ogni caso, i requisiti di moralità, oltre che di qualificazione, e che, all'atto dell'offerta, siano state indicate dal concorrente le lavorazioni da affidare in subappalto.
- In deroga al divieto di costituire un'associazione in partecipazione nel corso della procedura o dopo l'aggiudicazione, è consentita la costituzione dell'associazione in partecipazione quando l'associante non intende eseguire direttamente le prestazioni assunte in appalto.

La terna dei subappaltatori:

Nel testo del Codice dei contratti pubblici approvato nel 2016 è stato disposto che la terna dovesse essere indicata sempre per i soli appalti sopra soglia e per i quali non fosse necessaria una necessaria specializzazione.

La terna dei Subappaltatori

L'art. 105 comma 6 modificato dal decreto correttivo introduce l'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori in sede di offerta :

- Per tutti gli affidamenti di forniture, servizi e lavori **di importo superiore alla soglie comunitarie;**
- **Per gli affidamenti di qualunque importo** se relativi alle attività maggiormente esposte a **rischio di infiltrazione mafiosa** come individuate dall'art 1 comma 53 L. 190/2012 (white list: trasporto materiale a discarica per conto terzi, trasporto e smaltimento rifiuti, estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti, confezionamento fornitura e trasporto di calcestruzzo e bitume noli a freddo di macchinari, noli a caldo fornitura di ferro lavorato, autotrasporti per conto terzi guardiania dei cantieri)

La terna dei Subappaltatori

- La terna nel caso di appalti che hanno ad oggetto più tipologie di prestazioni deve essere indicata con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista nel bando;
- Quando non ricorre l'obbligo di indicare la terna per gli appalti sotto soglia, nel bando o nell'avviso, la stazione appaltante deve indicare le modalità e le tempistiche per la verifica delle condizioni di esclusione di cui all'art. 80 prima della stipula del contratto stesso, per l'appaltatore e i subappaltatori, oltre a indicare i mezzi per la verifica dell'assenza di cause di esclusione per gravi illeciti professionali come previsto dalle linee guida Anac

La terna dei Subappaltatori

QUESTIONI APERTE

- Le modifiche introdotte estendono, di fatto, l'obbligo di indicazione della terna senza disporre una disciplina attuativa delle problematiche sottese a tale indicazione, afferenti, ad esempio, a:

- Mancata indicazione della terna di subappaltatori o indicazione di un numero inferiore a tre;
- Indicazione dello stesso subappaltatore da parte di più imprese comporta l'esclusione dalla gara

La partecipazione alla gara quale offerente principale e quale concorrente in subappalto dovrebbe essere esclusa ex art. 105 comma 4.

La terna dei Subappaltatori

- Queste problematiche sono state sollevate anche dal Consiglio di Stato nel parere al correttivo che aveva evidenziato la necessità di una disciplina di rango legislativo in quanto:
- Da una parte, sulla base dei principi comunitari e di concorrenza tali possibilità dovrebbero essere ammesse
- D'altra parte, non può trascurarsi il rischio di effetti distorsivi sulla procedura derivante dal molteplice ruolo assunto da alcuni operatori e dal loro contatto preventivo con più imprese, anche in relazione al principio di segretezza dell'offerta
- Da qui la necessità di limitare il margine di discrezionalità delle stazioni appaltanti anche per evitare l'insorgere di ulteriori problematiche interpretative.

La commissione giudicatrice

Le modifiche introdotte agli artt. 77 e 78:

- Riscrittura della rubrica: si parla, correttamente di Commissione giudicatrice
- Permane la possibilità di nominare alcuni componenti interni (mai il Presidente) solo per le procedure di affidamento di servizi e forniture sotto-soglia, per lavori inferiori ad 1 milione di euro e per contratti che non presentano particolare complessità (valutazione automatica nelle procedure telematiche).
- In caso di affidamento di contratti per i servizi e le forniture di elevato contenuto scientifico tecnologico o innovativo, effettuati nell'ambito di attività di ricerca e sviluppo, l'ANAC, previa richiesta e confronto con la stazione appaltante sulla specificità dei profili, può selezionare i componenti delle commissioni giudicatrici anche tra gli esperti interni alla medesima stazione appaltante.
- Art. 78, 1bis. Con le linee guida ANAC sono disciplinate le modalità di funzionamento delle commissioni giudicatrici, prevedendo, di norma, sedute pubbliche, nonché sedute riservate per la valutazione delle offerte tecniche e per altri eventuali adempimenti specifici.

La commissione giudicatrice

- La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura

Art. 77, 9: Le stazioni appaltanti, prima del conferimento dell'incarico, accertano l'insussistenza delle cause ostative alla nomina a componente della commissione giudicatrice di cui ai commi 4 e 5 del presente articolo, all'articolo 35-bis del decreto legislativo n. 165 del 2001 e all'articolo 42 del presente codice.

- La sussistenza di cause ostative o la dichiarazione di incompatibilità dei candidati devono essere tempestivamente comunicate dalla stazione appaltante all'ANAC ai fini della cancellazione dell'esperto dall'albo e la comunicazione di un nuovo esperto.
- L'incompatibilità per la singola gara non significa inidoneità definitiva del commissario iscritto all'Albo

La commissione giudicatrice

Art. 216, co. 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 autodichiarazioni 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.

CRITICITA'

- Non è stata accolta la richiesta avanzata in Conferenza Unificata della possibilità di nominare una Commissione giudicatrice interna nelle soglie collegate alla procedura negoziata.
- Rimane ampia la discrezionalità nella possibilità del RUP di far parte delle commissioni giudicatrici.
- È in capo alla SA la verifica dei requisiti dei commissari proposti da ANAC

Gli incentivi

Art. 113

- È chiarito che il fondo è costituito anche attingendo alle risorse stanziare per contratti di **forniture e servizi**;

Per forniture e servizi gli incentivi sono previsti **solo nei casi in cui è nominato un direttore dell'esecuzione**;

- Il fondo per gli incentivi non può essere costituito in quelle amministrazioni aggiudicatrici per le quali sono in essere contratti o convenzioni che prevedono modalità diverse per la retribuzione delle funzioni tecniche svolte dai propri dipendenti (Si pensi alle fee previste per le gare su delega);
- In caso di costituzione o ricorso ad una centrale di committenza, si può destinare il fondo o parte di esso ai dipendenti di tale centrale (il comma 5 prevede che la quota riconosciuta per le gare su delega non può essere superiore ad un quarto del complessivo incentivo).

Gli incentivi

QUESTIONI APERTE

- Nei regolamenti occorre stabilire ruoli, funzioni percentuali e l'individuazione degli stanziamenti.
- Esplicitazione dei casi in cui forniture e servizi non costituiscono investimenti
- Applicabilità dell'art. 113 ai lavori di manutenzione ordinaria
- Inclusione degli incentivi nel tetto di spesa previsto in materia di salario accessorio (cfr. Deliberazione Corte dei Conti - sez. autonomie 6/4/2017 n. 7).

Gli operatori economici

Le modifiche agli artt. 47 e 48 introducono un rinnovato regime di qualificazione per i consorzi stabili e una più puntuale disciplina alle ipotesi di modifica della compagine nei Consorzi e RTI.

Art. 47 – Per i soli **consorzi stabili**:

- Ai fini della qualificazione possono utilizzare sia i requisiti **maturati in proprio**, sia quelli posseduti dalle **singole imprese consorziate e designate per l'esecuzione** delle prestazioni, nonché, mediante **avalimento**, i requisiti delle singole **imprese consorziate non designate per l'esecuzione** del contratto. (Superamento giurisprudenza 163/06)

Secondo la giurisprudenza formatasi in vigore del 163/06, il consorzio può utilizzare i requisiti di qualificazione dei consorziati, senza necessità di avalimento. Il legislatore ha inteso superare tale giurisprudenza, e affermare che il consorzio, può utilizzare i requisiti delle consorziate non esecutrici solo mediante avalimento

Gli operatori economici

- Con le linee guida dell'ANAC (leggasi DM MIT art. 83, 2) in materia di attestazione SOA, sono stabiliti, ai fini della qualificazione, **i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite** al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni.
- abrogato il termine quinquennale trascorso il quale non sarebbe stato più possibile imputare al consorzio i requisiti maturati dalle consorziate

Art. 48 – Per i **consorzi stabili e di cooperative di produzione e lavoro**:

- È consentito designare ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei servizi, un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara, a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata. (Allargamento principio già positivizzato per RTI e confortato in precedenza dal Parere ANAC 49 del 2013)

Gli operatori economici

Art. 48, 17: Raggruppamenti e Consorzi

- In caso di perdita dei requisiti da parte di RTI, Consorzi Stabili e di Cooperative in corso di esecuzione, la stazione appaltante ha l'obbligo (e non più la facoltà) di recedere dal contratto in essere.

Gli operatori economici

Art. 93 – **Garanzia provvisoria**

Le innovazioni introdotte dal correttivo sulle garanzie che accompagnano l'offerta riguardano:

- Facoltà di richiedere la cauzione provvisoria (e la definitiva cfr. modifiche art. 103, 11) per i casi di affidamento diretto.
- Quando gli operatori sono MPMI e RTI o Consorzi ordinari costituiti da MPMI, la SA applica una riduzione del 50% della cauzione e non sussiste l'obbligo di corredare l'offerta con l'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia definitiva.
- Definizione dei metodi di calcolo del cumulo, ove previsto (cd. a cascata"). In caso di cumulo delle riduzioni, la riduzione successiva deve essere calcolata sull'importo che risulta dalla riduzione precedente.
- È ripristinata l'escussione della cauzione per qualsiasi comportamento dell'aggiudicatario in caso di mancata sottoscrizione del contratto e non solo in caso di comportamento doloso o colposo.