

# Novità Codice Appalti

## L'Audizione della Corte dei Conti

# Decreto sblocca cantieri

- Il Decreto si pone l'obiettivo di eliminare tutte le Linee Guida dell'ANAC e i Decreti Ministeriali e interministeriali emanati (e non) per sostituirli con un unico Regolamento, sullo stile del precedente D.P.R. n. 207 del 2010. Nell'attesa, restano in vigore gli atti summenzionati con tutte le problematiche connesse alla loro natura giuridica.

# L' Audizione della Corte Conti

La questione della natura giuridica dei provvedimenti (ministeriali e dell'ANAC) volti a dare attuazione alle disposizioni del Codice, e della loro collocazione nella gerarchia delle fonti del diritto ha formato oggetto di ampio dibattito. Nel rendere il previsto parere, il Consiglio di Stato, oltre a stigmatizzare “l'aumento della regolamentazione rispetto a quanto richiesto dalle Direttive europee, in contrasto con il divieto di c.d. gold plating”, ha ritenuto che le linee guida e gli altri decreti “ministeriali” (ad esempio, in tema di requisiti di progettisti delle amministrazioni aggiudicatrici: art. 24, comma 2; e direzione dei lavori: art. 111, commi 2 e 3) o “interministeriali” (art. 144, comma 5, relativo ai servizi di ristorazione), indipendentemente dal nomen juris fornito dalla delega e dallo stesso codice, devono essere considerati quali “regolamenti ministeriali” ai sensi dell'art. 17, comma 3, legge n. 400/1988. Diversamente ha argomentato con riguardo alle linee guida dell'ANAC

- Mentre quelle a carattere “non vincolante” sono state ritenute pacificamente inquadrabili come ordinari atti amministrativi, più complessa si è rivelata la qualificazione giuridica delle linee guida a carattere “vincolante” (ad esempio: art. 83, comma 2, in materia di sistemi di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici; art. 84, comma 2, recante la disciplina degli organismi di attestazione SOA; art. 110, comma 5, lett. b, concernente i requisiti partecipativi in caso di fallimento; art. 197, comma 4, relativo ai requisiti di qualificazione del contraente generale), e degli altri atti innominati aventi il medesimo carattere (art. 31, comma 5, relativo ai requisiti e ai compiti del r.u.p. per i lavori di maggiore complessità; art. 197, comma 3, di definizione delle classifiche di qualificazione del contraente).
- Dall’esame della descritta attività delle Sezioni di controllo della Corte dei conti emerge la sussistenza di alcune problematiche ricorrenti, che possono raggrupparsi in due grandi questioni.

Da un lato, viene in rilievo la difficoltà da parte delle stazioni appaltanti di applicare correttamente la normativa in tema di individuazione del contraente, con frequente ricorso all'affidamento diretto, anche al di fuori dei casi consentiti dalla legge, e di utilizzo non conforme al Codice dell'istituto dell'affidamento in house ovvero del ricorso alla proroga dei contratti preesistenti.

Dall'altro lato, sono emerse problematicità nella fase dell'esecuzione del contratto, sia sotto il profilo tecnico e funzionale del riscontro dell'effettiva corrispondenza tra i lavori, i servizi e le forniture e le relative prescrizioni contrattuali, sia sotto il profilo della corretta verifica delle risultanze contabili dell'operazione. Probabile concausa delle descritte criticità sembra essere la sempre maggiore complessità della materia dei contratti pubblici. Tale situazione rende indifferibile un programma di rafforzamento, professionalizzazione e specializzazione delle risorse umane interne alle pubbliche amministrazioni che operano nel settore degli appalti, in particolare per le figure tecniche.

Coerentemente a quanto detto, si richiama inoltre la necessità di procedere all'aggregazione delle stazioni appaltanti (attualmente sono oltre 32.000) e di accrescerne, oltre alla dimensione, anche la competenza tecnica, per favorire rapporti di forza paritaria tra funzionari delle stazioni appaltanti e operatori economici.

Si segnala, in particolare, la difficile situazione dei piccoli comuni che non sono dotati dei responsabili delle strutture tecniche idonee a gestire le procedure di affidamento dei contratti.

## Affidamenti di lavori sottosoglia - Il nuovo art. 36

- Le modifiche più rilevanti riguardano l'ambito dei lavori dove già la Legge di Bilancio, all'art. 1 comma 912, era intervenuta introducendo, per il solo anno 2019, l'innalzamento della soglia per l'affidamento diretto dai 40.000,00 ai 150.000,00 €, *“previa consultazione di almeno 3 operatori economici”* nonché l'innalzamento della soglia della procedura negoziata con almeno dieci operatori economici, per importi pari o superiori a 150.000 e inferiori a 350.000 euro (art. 36, comma 2, lett. b).
- Con il D.L. Sblocca Cantieri, la norma è stata espressamente abrogata dall'art. 1, comma 2 dovendosi applicare, dal 19 aprile scorso, le nuove disposizioni sul sotto soglia. In buona sostanza, per tutte le nuove procedure i cui bandi o avvisi sono pubblicati successivamente alla data su indicata o le cui lettere di invito non sono state ancora inviate a tale data, si dovrà tenere conto del nuovo assetto normativo ridisegnato dal Decreto Legge n. 32.

# In sintesi

<i>Soglie art. 36</i>	<i>Procedura per i lavori</i>	<i>COSA CAMBIA</i>
<i>0-39.999,99 €</i>	<i>Affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più preventivi</i>	<i>Nulla</i>
<i>40.000,00 – 199.999,99</i>	<i>Procedura negoziata previa consultazione di almeno tre operatori economici</i>	<i>La soglia si innalza da 150.000 a 200.000 e gli operatori da consultare scendono a 3 (almeno)</i>
<i>200.000,00 – 5.548.000,00 (soglia art. 35)</i>	<i>Procedura aperta al prezzo più basso</i>	<i>La negoziata scompare. Il criterio del prezzo più basso diventa la regola.</i>
<i>Superiore alla soglia art. 35</i>	<i>Procedura aperta all'offerta economicamente più vantaggiosa</i>	<i>Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è la regola ma non c'è più il tetto massimo del 30% da attribuire al punteggio economico.</i>

Con questa importante modifica all'art. 36, le procedure negoziate sono ammesse per i lavori soltanto per la fascia di importo da 40.000,00 fino a 200.000,00 € e, cosa di non poco conto, il criterio del prezzo più basso – ritenuto fino ad oggi criterio eccezionale rispetto a quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa – diventa criterio principe fino alle soglie di cui all'art. 35. La modifica degli artt. 36 e 95 obbliga, salvo motivazione, all'utilizzo del massimo ribasso con la conseguenza che anche l'impatto procedurale legato al ricorso all'Albo dei Commissari dell'ANAC di cui all'art. 77 del Codice, si ridimensiona notevolmente.

Se da una parte l'obbligo di procedure aperte sopra i 200.000,00 € non è percepito come un modo per accelerare (e semplificare) le procedure, in considerazione dei tempi di pubblicazione minimi da rispettare e del numero imprevedibile di offerte che possono pervenire, dall'altro il criterio del massimo ribasso lascia ipotizzare tempi di aggiudicazione più celeri soprattutto laddove sia prevista l'esclusione automatica di cui al novellato - anche questo - art. 97. Inoltre, se ci si avvale - prevedendolo sempre sul bando di gara - della possibilità di verificare i requisiti solo dopo l'apertura delle offerte limitando il controllo al vincitore ed estendendolo a campione sugli altri concorrenti, i tempi potrebbero ulteriormente comprimersi, fatti salvi eventuali possibili contenziosi e/o problematiche applicative.

- Per coerenza con il nuovo assetto normativo vengono, infine, abrogate le lettere a) e c) del comma 4 dell'articolo 95 del D.lgs. 50 che consentivano il ricorso al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso per l'affidamento dei lavori fino a 2 milioni di euro (lettera a) ovvero per i servizi e le forniture di importo fino a 40.000 euro ovvero sino alla soglia comunitaria ma solo se caratterizzati da elevata ripetitività (lettera c). Rimane invece la previsione secondo cui “*Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo: b) per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato*”.

# ..il nuovo art. 97

- Completamente rivisto è l'art. 97 del Codice che ha sostituito i precedenti 5 metodi di calcolo da individuarsi previo sorteggio pubblico, con un sistema duale applicabile se il numero delle offerte ammesse è almeno pari o superiore a 3 (in coerenza con la negoziata a 3 sino ai 200.000,00 €). Sono previsti, infatti, due soli calcoli per la soglia di anomalia: il primo, nel caso in cui le offerte ammesse siano pari o superiori a 15 e il secondo, nel caso opposto.
- Il nuovo comma 2 dispone che *“il Rup o la commissione giudicatrice procedono come segue”*; occorre chiarire che quando il criterio di aggiudicazione è quello del massimo ribasso, non vi è commissione giudicatrice ma seggio di gara o commissione di gara per cui, probabilmente, la dicitura è da leggersi in senso *“atecnico”*.
- Da ultimo, è stata introdotta una importante novità che trasforma la facoltà prevista nel Codice previgente di inserire l'esclusione automatica, in obbligo laddove il numero delle offerte ammesse è pari o superiore a dieci.

# 80 e 110

- L'art. 80 è stato nuovamente modificato e, questa volta, in modo più rilevante soprattutto dal punto di vista delle imprese. Infatti, se già nel sistema previgente era prevista l'esclusione per inadempimenti fiscali e contributivi, dal 19 aprile questa non è più legata al requisito che le violazioni siano «gravi e definitivamente accertate». In sostanza, con il nuovo comma 4, l'esclusione può scattare a prescindere dall'accertamento della violazione e dunque anche in tutti quei casi in cui non ci sia una sentenza o un atto amministrativo definitivo. È tra le modifiche meno piaciute agli operatori economici in quanto amplia notevolmente la discrezionalità della stazione appaltante nell'escludere un operatore anche per inadempimenti inferiori ai 5.000 € che, si ricorda, essere il tetto oltre il quale si configura la gravità della violazione secondo il D.P.R. n. 602/1973 e la circolare n. 13/2018 della Ragioneria generale dello Stato del Ministero dell'Economia.

..

- Si segnala, inoltre, la cancellazione della possibilità che l'impresa fallita ma in esercizio provvisorio di continuità, possa partecipare a nuove gare, sia direttamente sia come subappaltatore (art. 110).
- Scompare, poi, l'obbligo per il concorrente che richiedeva il subappalto di dimostrare l'assenza di cause di esclusione in capo al subappaltatore ma viene aggiunto un periodo alla lettera b) che impone al subappaltatore di essere qualificato nella categoria di prestazioni oggetto di subappalto e di essere in possesso dei requisiti generali di cui all'articolo 80. A ben vedere, si tratta di una modifica più procedurale che sostanziale giacché la dimostrazione dell'assenza di cause di esclusione per l'impresa subappaltatrice anche se non deve essere fornita al momento della richiesta di subappalto, certamente è richiesta al momento del deposito del contratto di subappalto, attraverso la dichiarazione del subappaltatore, come si evidenzia dal comma 7.
- Infine, dalla modifica del comma 5, si evidenzia che non è più prevista l'esclusione dell'impresa per condanna definitiva o mancanza/perdita dei requisiti di un suo subappaltatore.

# 105

L'articolo 105 stabiliva nel 30% dell'importo complessivo del contratto la quota massima delle prestazioni subappaltabili.

Il comma 2, così come modificato dal Decreto sblocca cantieri, rimette ai singoli enti appaltanti la scelta in ordine alla percentuale di prestazioni subappaltabili e stabilisce che in ogni caso tale percentuale non può essere superiore al 50% dell'importo complessivo del contratto. Restano ferme le regole per le categorie di opere super specialistiche per le quali non è possibile il subappalto per oltre il 30% del loro valore.

Sul punto, si richiama l'interpretazione prevalente, confermata dallo stesso DM n. 48/2016, secondo cui la quota dei lavori relativi a tali opere non si computa ai fini del raggiungimento della quota complessiva dei lavori subappaltabili.

- Viene poi abrogato il comma 6 dell'articolo 105 che in due ipotesi obbligava i concorrenti ad indicare in sede di offerta una terna di possibili subappaltatori cui affidare le relative prestazioni: la prima si configurava quando l'importo dei lavori era pari o superiore alle soglie comunitarie e la seconda ipotesi, quando oggetto delle attività erano quelle considerate a più alto rischio di infiltrazione mafiosa dalla Legge 190/2012 (articolo 1, comma 53).
- Semplificata, infine, la norma sul pagamento diretto all'impresa subappaltatrice per cui è ammesso oltre che in caso di inadempimento dell'appaltatore, ogni qualvolta sia richiesto dal subappaltatore a prescindere che si tratti di microimpresa o piccola impresa. Nessuno spazio, dunque, per una diversa scelta discrezionale della stazione appaltante.
- Non da ultimo, per importanza, si segnala la tanto contestata previsione di cui all'art. 105 comma 4 (non a torto...) che permette alle imprese di diventare subappaltatori anche se hanno partecipato alla gara per l'assegnazione dell'appalto principale.

# E la trasparenza??

Anche l'art. 29 ha subito una modifica ma anche in questo caso, appare più formale che sostanziale. Infatti, anche se sono stati abrogati gli obblighi di pubblicazione delle liste di ammessi ed esclusi alla gara per consentire la proposizione dei ricorsi con il rito super-accelerato (rito eliminato con l'abrogazione dei relativi articoli dal codice del processo amministrativo), rimane l'obbligo di comunicazione ai concorrenti dei provvedimenti di ammissione ed esclusione alle procedure di gara con le modalità previste dal codice dell'amministrazione digitale (art. 76, comma 2).

# Gli incentivi tecnici di cui all'articolo 113

- Nuovamente novellato è l'art. 113 del Codice degli appalti. La direzione verso cui si stava andando era stata resa evidente sin dalle prime bozze della Legge di Bilancio che, però, non intervenne più su tale articolo. Cosa accade, quindi, dal 19 aprile scorso? Torna ad essere incentivata la progettazione e il coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e in fase di esecuzione mentre sono escluse le attività di programmazione della spesa per investimenti (la cui formulazione, peraltro, non chiariva esattamente la tipologia di attività che ne era ricompresa [Sul punto, si segnala la sentenza della Corte dei conti, Regione Veneto, n. 134/2017]) e l'attività di predisposizione e controllo delle procedure di gara. Questa modifica cosa implica, quindi?
- Certamente un nuovo regolamento da adottare con la concertazione in sede di contrattazione dei criteri di distribuzione e, ancora una volta, un regime transitorio (il terzo per questo istituto, se si considerano le modifiche intervenute dal 2016 ad oggi) di cui tenere conto.
- Per orientarsi, bisogna tenere conto innanzi tutto del principio della irretroattività della legge che va coniugato con il principio di tutela dell'affidamento e con il principio di contenimento della spesa pubblica che, secondo consolidata giurisprudenza contabile *“giustifica l'intervento di norme di riduzione dei trattamenti economici con effetto anche sui rapporti in corso, nei limiti della ragionevolezza e della non incidenza su trattamenti economici già maturati”* [C.G.A.R.S., parere 24.10.2017 n. 885].

- Nel contesto dell'istituto dell'incentivo, dunque, occorre distinguere tre aspetti per individuare il regime normativo applicabile:
- l'aspetto soggettivo (chi ha diritto all'incentivo),
- l'aspetto oggettivo (quale attività è incentivabile)
- e l'aspetto della misura dell'incentivo (il quantum).
- Mentre i primi due aspetti seguono rigidamente la regola della irretroattività della legge per cui se le attività, incentivabili al tempo "t", non lo sono più nel tempo "t+1" per una modifica legislativa intervenuta, le stesse continuano ad essere incentivate sulla base del principio di affidamento (si pensi al caso della manutenzione e al caso del dirigente escluso dagli incentivi); il quantum dell'incentivo segue invece il principio della riduzione della spesa pubblica con la conseguenza che l'attività incentivata per 10 nel tempo "t" sarà corrisposta nel momento "t+1" sulla base dell'aliquota riduttiva eventualmente intervenuta nel frattempo (Corte dei Conti, Sez. Autonomie, deliberazione 24.03.2015 n. 11).

- Con il D.Lgs. 50/2016 occorre far riferimento al momento in cui viene bandita la gara o in cui sono inviate le lettere di invito (mentre, lo si ricorda, sono esclusi gli affidamenti diretti e le somme urgenze in quanto non rientranti nel concetto di “gara”).
- È in quel momento che, in ragione del regime transitorio sancito nell’art. 216, comma 1, si determina quale sistema incentivante seguirà l’intera procedura (es. una procedura bandita il 18 aprile 2019, sarà soggetta all’art. 113 nella versione previgente con esclusione, dunque, dell’incentivazione delle attività di coordinamento della sicurezza ecc. legate a quella specifica procedura).
- E per le prestazioni di durata che intervengono in una fase precedente all’avvio della procedura di gara?
- La Corte dei conti (da ultimo, Corte dei conti, Sez. controllo Piemonte, parere 09.10.2017, n. 177) ha più volte chiarito che *“quando il principio [di irretroattività] deve essere applicato ad una fattispecie durevole che si sviluppa nel corso del tempo, viene normalmente coniugato con il principio tempus regit actum, secondo cui ogni atto viene disciplinato dalla legge in vigore nel momento in cui lo stesso atto viene posto in essere. In applicazione di tali principi, la Sezione delle Autonomie della Corte dei conti ha dato rilievo, in considerazione del carattere sinallagmatico dell’attività svolta dal dipendente e del suo conseguente diritto soggettivo a ricevere l’incentivo, al momento di effettivo svolgimento dell’attività incentivata”*. Dunque, le attività di programmazione della spesa, di predisposizione e controllo delle procedure di gara sono incentivabili solo per quella quota parte di attività svolta sino al 18 aprile 2019.
- E per l’attività progettuale iniziata prima del D.L. Sblocca Cantieri e che si concluderà successivamente? L’attività progettuale non è una vera e propria prestazione di durata in quanto inizia e finisce con un atto ben determinato (conferimento incarico, verifica e validazione del progetto) Si veda il parere della Corte dei conti, Lombardia n. 191/2015. In tal caso, occorrerà far riferimento all’atto di conferimento dell’incarico che, se precedente al D.L. 32/2019, escluderà la possibilità di incentivare il dipendente per l’attività di progettazione anche se la stessa si concluderà successivamente.

# Cosa rimane dopo il D.L. n. 32/2019?

- Tra D.L. Semplificazioni (Decreto Legge n. 135/2018, convertito in Legge n. 12/2019), Legge di Bilancio (L. n. 145/2018), Decreto “Genova” (Decreto Legge n. 109/2018, convertito in Legge n. 130/2018) e Decreto “Sicurezza” (D.L. n. 113/2018, convertito nella L. n. 132/2018), cerchiamo di comprendere cosa rimane ancora in vigore dopo il Decreto Sblocca Cantieri.
- In buona sostanza, come già detto, è abrogato il solo art. 1 comma 912 della Legge di Bilancio con la conseguenza che restano invariate le novità a cui da poco ci siamo abituati. In particolare:
- **INNALZAMENTO A 5.000€ DELLA SOGLIA DELL’OBBLIGO DI RICORSO AL MEPA**

Resta in vigore la modifica ad opera dell'Art. 1, comma 130 della Legge di Bilancio sull'art.1, comma 450 della legge n. 296 del 2006: “450. *Le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, nonché gli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale pubblici e le agenzie fiscali di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, per gli acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore a 5.000 euro e al di sotto della soglia di rilievo comunitario, sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione ..... Fermi restando gli obblighi e le facoltà previsti al comma 449 del presente articolo, le altre amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché le autorità indipendenti, per gli acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore a 5.000 euro e di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero ad altri mercati elettronici istituiti ai sensi del medesimo articolo 328 ovvero al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle relative procedure. Per gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado, le istituzioni educative, tenendo conto delle rispettive specificità, sono definite, con decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, linee guida indirizzate alla razionalizzazione e al coordinamento degli acquisti di beni e servizi omogenei per natura merceologica tra più istituzioni, avvalendosi delle procedure di cui al presente comma. A decorrere dal 2014 i risultati conseguiti dalle singole istituzioni sono presi in considerazione ai fini della distribuzione delle risorse per il funzionamento.”*

- **INTERVENTI PER LA MESSA IN SICUREZZA DI SCUOLE, STRADE, EDIFICI PUBBLICI E PATRIMONIO COMUNALE**
- Resta in vigore anche l'art. 1, comma 107 e seguenti della legge di Bilancio 2019 ove si dispone che *“Per l'anno 2019, sono assegnati ai comuni contributi per investimenti per la messa in sicurezza di scuole, strade, edifici pubblici e patrimonio comunale, nel limite complessivo di 400 milioni di euro. [...]”; Art. 1, comma 108. “Il comune beneficiario del contributo può finanziare uno o più lavori pubblici, a condizione che gli stessi non siano già integralmente finanziati da altri soggetti e che siano aggiuntivi rispetto a quelli da avviare nella prima annualità dei programmi triennali di cui all'articolo 21 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. I lavori e gli interventi di manutenzione straordinaria sono affidati ai sensi degli articoli 36, comma 2, lettera b), e 37, comma 1, del citato decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”.*
- **STRUTTURA PER LA PROGETTAZIONE DI EDIFICI PUBBLICI**
- In piedi resta anche l'art. 1, comma 162 della Legge di Bilancio che ha introdotto una nuova struttura centralizzata: *“Al fine di favorire gli investimenti pubblici, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, è individuata un'apposita Struttura per la progettazione di beni ed edifici pubblici, di seguito denominata Struttura. Il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri provvede, altresì, a indicarne la denominazione, l'allocazione, le modalità di organizzazione e le funzioni”.*

- DECRETO SICUREZZA E UNA NUOVA FATTISPECIE DI PROCEDURA NEGOZIATA
- Anche l'art. 2, comma 2 della L. di conversione n. 132/2018 del D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, resta in vigore: *«Al fine di assicurare la tempestiva esecuzione dei lavori per la costruzione, il completamento, l'adeguamento e la ristrutturazione dei centri di cui all'articolo 14, comma 1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 [Centri di permanenza per il rimpatrio], per un periodo non superiore a tre anni a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto, e per lavori di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, è autorizzato il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara di cui all'articolo 63 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione, l'invito contenente l'indicazione dei criteri di aggiudicazione è rivolto ad almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei».*
-