

Prot. n. 139/C/2016

Pregg.mi Sigg.
Titolari e/o legali rappresentanti
delle imprese associate
LORO SEDI

Ragusa, 03 maggio 2016

Oggetto: **D.Lgs. n. 50/2016 “Codice dei Contratti”**
Prima analisi sistematica

Nell’attesa di poter commentare compiutamente il nuovo Codice, che abroga il D.Lgs. n. 163/2006, si invia in allegato una prima analisi sistematica al fine di poter aver un quadro d’insieme della nuova organica disciplina.

Distinti saluti.

ANCE | RAGUSA
Il Direttore
(Dot. Ing. Giuseppe Guglielmino)



PRIMA ANALISI SISTEMATICA SUL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI**(D.LGS N. 50/2016)****A. EFFETTI SULLA LEGISLAZIONE REGIONALE**

L'art. 2 del nuovo codice qualifica le norme in esso contenute di esclusiva competenza statale (tutela della concorrenza del mercato) e prevede che le Regioni a statuto speciale "adeguino" la loro legislazione. Considerato che il nuovo codice, oltre ad essere di recepimento di direttive UE, è ricondotto ad una qualificazione giuridica tale da non poter essere, neanche in modo concorrente, oggetto di intervento legislativo regionale, si ritiene che operi il cosiddetto principio di efficacia suppletiva, nel senso che la norma nazionale opera fin quando (e se) non interverrà un intervento legislativo regionale di "adeguamento al nuovo codice".

Sul punto si attende una posizione della regione.

B. ENTRATA IN VIGORE (Art. 216)

Il nuovo Codice è entrato in vigore il 19 aprile 2016 e si applica a tutte le procedure i cui bandi, avvisi ed inviti siano stati pubblicati/inviati sin dal 19 aprile stesso.

Sul punto il 22 aprile 2016 è stato emanato il Comunicato congiunto MIT-ANAC non in linea con il parere dell'Avvocatura dello Stato e si attende una ulteriore specificazione.

C. PROGETTAZIONE

La disciplina sui progetti ricalca quella attuale. Sono infatti previsti ancora 3 livelli di progettazione:

- di fattibilità tecnica ed economica (prima si chiamava preliminare);
- definitivo;
- esecutivo.

I contenuti dei tre livelli verranno definiti dal Ministero e nel frattempo si continueranno ad utilizzare le relative norme del vecchio Regolamento (DPR 207/2010). E' stata tolta l'iniziale previsione dell'utilizzo progressivo del BIM.

Vi è l'obbligo di una verifica preventiva archeologica per nuove costruzioni. Con decreto del Ministero verranno poi individuate procedure semplificate per detta verifica. La validazione successiva alla verifica del progetto, viene effettuata fino a 1 milione di euro dal RUP, oltre e fino ai 5 milioni dagli uffici tecnici dell'ente o di altri enti, oltre e fino a 20 milioni da professionisti esterni, oltre i 20 milioni da società accreditate da Accredia.

D. QUALIFICAZIONE

Con gli artt. 83-84 viene definito un nuovo sistema di qualificazione che però al momento non è in vigore. Resta invariato, quindi, il sistema di qualificazione vigente basato sulle attestazioni SOA. Entro 12 mesi dovranno essere adottate linee guida predisposta dall'ANAC, nelle more restano in vigore gli articoli dal 60 al 96 del DPR 207/2010, compreso quindi la possibilità di partecipare per importi pari

alla classifica SOA posseduta incrementata di 1/5 e di cooptare in una RTI imprese esterne.

E. SOCCORSO ISTRUTTORIO

L'art.83 c.9 ridefinisce l'istituto del soccorso istruttorio fissando un massimo della sanzione a 5000 euro e eliminando la previsione che il pagamento della sanzione sia garantita dalla fidejussione provvisoria e che la regolarizzazione debba essere preceduta dal pagamento della sanzione.

F. MOTIVI DI ESCLUSIONI DALLA PARTECIPAZIONE A GARE

Tra i motivi di esclusione dalla partecipazione ad appalti, oltre a quelli usuali (antimafia, false dichiarazioni, regolarità per tasse e contributi, etc., già previste nell'articolo 38 del vecchio Codice) vi sono anche: frode, terrorismo, riciclaggio, sfruttamento del lavoro minorile, distorsione della concorrenza. La falsa dichiarazione è punita con 2 anni (prima era 1) di esclusione dalle gare.

G. CONTRATTI SOTTO SOGLIA - MODALITÀ AFFIDAMENTO

L'Art. 36 norma le modalità di affidamento dei contratti sotto soglia UE (5.225.000 euro per i lavori) prevedendo procedure ordinarie ovvero:

- fino a 40mila euro: affidamento diretto motivato
- da 40.000 a 150.000 euro: procedura negoziata ristretta ad almeno 5 operatori individuati sulla base di indagini di mercato o elenchi di operatori
- da 150.000 a 1 milione di euro: procedura negoziata ristretta ad almeno 10 operatori individuati sulla base di indagini di mercato o elenchi di operatori, che possono essere ridursi a 5 operatori in casi di particolare complessità dell'opera (art. 91)

L'ANAC con proprie linee guida da adottare entro 90 gg fisserà le modalità con cui le amministrazioni dovranno effettuare le indagini di mercato o la formazione degli elenchi. Fino ad allora dovranno procedere ad una ricognizione (manifestazione di interesse) tramite avvisi pubblici (art. 37-c7 e art. 216 c.9).

I sistemi di aggiudicazione usuali sono:

- procedure aperte;
- procedure ristrette;
- partenariati tra pubblico e privato (fra i quali la finanza di progetto);
- procedura competitiva;
- dialogo competitivo.

E' stata definita una nuova procedura:

il Partenariato per l'innovazione; esso viene utilizzato quando l'esigenza dell'Amministrazione non può essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato. L'impresa interessata deve chiedere di poter partecipare. A fronte delle richieste, l'amministrazione può decidere di instaurare il partenariato per l'innovazione con uno o più soggetti.

E' previsto l'obbligo di indicare nell'offerta i "propri costi aziendali" della sicurezza.

Il bando può prevedere criteri premiali per chi possiede il rating di legalità.

Ogni variazione delle offerte, anche decisa dal giudice, non influisce sulla soglia di anomalia determinata in sede di gara.

La gara è sempre indetta mediante bando.

Come per il passato le opere primarie a scampo degli oneri di urbanizzazione non superiori alla soglia comunitaria (5.225.000 di euro) possono essere fatte dal privato ed escluse dal Codice.

H. QUALIFICAZIONE STAZIONI APPALTANTI E CENTRALI COMMITENZA

L'ART. 37 introduce una importante novità nell'ordinamento che però per la sua gran parte è rinviata fino all'emanazione di un apposito decreto che dovrà dettare i criteri e le modalità per la qualificazione delle S.A. e per la formazione dell'elenco apposito.

Fino ad allora le amministrazioni potranno procedere all'acquisizione di lavori fino a 150mila euro e, avvalendosi di una centrale di committenza o soggetto aggregatore inserito nell'anagrafe ANAC esistente (AUSA) fino a 1 milione di euro.

Oltre 1 milione di euro potranno avvalersi di centrali di committenza (transitoriamente tramite AUSA) o procedure ordinarie. Quest'ultima previsione, efficace anche a regime, è subordinata all'impossibilità di utilizzo autonomo di mezzi di negoziazione telematica della Centrale di committenza, condizione che lascia aperta la possibilità per S.A. non qualificate di poter svolgere, tramite procedure ordinarie, anche gare sopra il milione.

Sul punto occorre attendere l'evoluzione alla luce di quanto fisserà l'ANAC.

I. COMUNICAZIONE SOLO ELETTRONICHE

L'art.52 prevede che tutte le comunicazioni, salvo casi eccezionali, debbano avvenire tramite strumenti elettronici, sin dalla presentazione dell'offerta.

J. PROCEDURE SCELTA CONTRAENTE

L'art. 59 fissa le procedure di scelta del contraente (aperte e ristrette) e al comma 1 fissa una importante novità vietando il ricorso all'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione (tranne che per gli interventi in PPP e simili) sancendo la definitiva scomparsa del cosiddetto appalto integrato. In sostanza l'esecuzione di lavori potrà avvenire solo se posti a gara sulla base di un progetto esecutivo, sancendo la scomparsa del livello preliminare di progettazione ed imponendo sempre che si appaltino lavori già progettualmente esecutivi.

K. AVVALIMENTO

L'art.89 ridefinisce l'istituto dell'avvalimento e lo riporta in una alveo più coerente con la direttiva comunitaria rispetto all'utilizzo (abuso) fattone con il vecchio codice.

Il concorrente che intende avvalersi dei requisiti tecnico-professionali di un altro concorrente potrà farlo allegando, oltre che l'attestazione SOA anche una dichiarazione con cui l'ausiliaria si obbliga nei confronti dell'ausiliata e della SA a mettere a disposizione tutte le risorse necessarie di cui è carente il concorrente su cui la SA in corso di appalto effettua verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti oggetto dell'avvalimento ed il loro effettivo impiego.

L'avvalimento non è ammesso se nell'oggetto dell'appalto ci siano lavorazioni specialistiche superiori al 10%, lavorazione che saranno individuate con dm Infrastrutture e che nelle more sono individuate in quelle già vigenti (cd super-specialistiche).

L. GARANZIE

L'art. 93 norma le garanzie provvisorie per la partecipazione fissando al 2% (1% in presenza di certificazione di qualità) ma che rappresenta il tetto massimo solo nelle procedure di gara aggregate o di centrali di committenza, negli altri casi la SA può variarla dall' 1% al 4%.

L'impegno al rilascio della garanzia fideiussoria per l'esecuzione può essere anche di soggetto diverso rispetto a quello della provvisoria. (comma 8)

L'art. 103 norma la garanzia definitiva, sostanzialmente immutata rispetto a quella dell'art. 113 del vecchio codice, tranne nella previsione che può non essere richiesta in casi di solidità comprovata e previa motivazione connessa anche ad un miglioramento nel prezzo.

Nelle Associazioni temporanee le fideiussioni sono fatte dalla capogruppo.

M. ANTICIPAZIONE

Con l'art. 35 c. 18 viene reintrodotta l'anticipazione secondo la vecchia procedura. La misura dell'anticipazione è del 20% e viene corrisposta entro 15 giorni dall'inizio dei lavori. Il suo recupero non avviene però più nel corso del medesimo anno di accredito, ma viene recuperata gradualmente nel corso lavori.

N. SUBAPPALTO

L'art. 105 norma le modalità di affidamento in subappalto di parti delle lavorazioni. Il decreto prevede che la quota massima subappaltabile sia il 30% dell'importo complessivo.

Non sono considerati subappalto i microaffidamenti (forniture con o senza mano d'opera e i noli a caldo) sotto i 100.000 euro o di importo inferiore al 2% e personale inferiore al 50% dell'importo da affidare. In questi casi comunque prima dell'affidamento si deve inviare comunicazione con gli estremi dell'affidamento.

Il subappalto deve comunque essere previsto nel bando, si deve dichiarare in sede di partecipazione di volersene avvalere, e deve essere autorizzato con verifica dei requisiti morali (art. 80) in capo al subappaltatore.

Per le categorie superspecialistiche vige un divieto di suddivisione ai fini della quantificazione del 30%, formulazione criptica sulla quale occorre un approfondimento.

Il contratto di subappalto deve essere depositato 20 gg prima della data di effettivo inizio delle prestazioni e deve essere corredato dalla documentazione sui requisiti del subappaltatore e dalla documentazione tecnica, amministrativa e grafica, da inserire anche nel contratto, che indichi puntualmente le prestazioni ed il loro valore economico oggetto del contratto di subappalto stesso.

La SA autorizza entro 30 gg dal deposito del contratto (15 per i micro affidamenti).

L'aggiudicatario è solidalmente responsabile sia per le retribuzioni che per gli oneri contributivi, salvo che non scatti la corresponsione diretta prevista dal comma 13.

Non possono essere affidati subappalti ad imprese in condizione di controllo civilistico (art.2359 c.c.).

O. CRITERI DI AGGIUDICAZIONE

L'art. 95 fissa l'offerta economicamente più vantaggiosa quale criterio unico da utilizzare con alcune eccezioni, che per l'ambito di affidamento dei lavori riguarda unicamente i lavori di importo inferiore a 1 milione di euro per i quali si potrà usare il criterio del miglior prezzo motivando adeguatamente la scelta.

Nei casi di OEPV i criteri di valutazione oggettivi indicativamente elencati nel comma 6 sono:

- a) la qualità, che comprende pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità per le persone con disabilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, quali OSHAS 18001, caratteristiche sociali, ambientali, contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto, caratteristiche innovative, commercializzazione e relative condizioni;
- b) il possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto, in misura pari o superiore al 30 per cento del valore delle forniture o prestazioni oggetto del contratto stesso;
- c) il costo di utilizzazione e manutenzione avuto anche riguardo ai consumi di energia e delle risorse naturali, alle emissioni inquinanti e ai costi complessivi, inclusi quelli esterni e di mitigazione degli impatti dei cambiamenti climatici, riferiti all'intero ciclo di vita dell'opera, bene o servizio, con l'obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un'economia circolare che promuova ambiente e occupazione;
- d) la compensazione delle emissioni di gas ad effetto serra associate alle attività dell'azienda calcolate secondo i metodi stabiliti in base alla raccomandazione n. 2013/179/UE della Commissione del 9 aprile 2013, relativa all'uso di metodologie comuni per misurare e comunicare le prestazioni ambientali nel corso del ciclo di vita dei prodotti e delle organizzazioni;
- e) l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto;
- f) il servizio successivo alla vendita e assistenza tecnica;
- g) le condizioni di consegna quali la data di consegna, il processo di consegna e il termine di consegna o di esecuzione.

P. OFFERTE ANOMALE

L'art. 97 detta le modalità di verifica delle offerte anomale.

Nei casi in cui si sia scelto il criterio del miglior prezzo l'anomalia si valuta in riferimento ad una soglia determinata secondo uno dei 5 metodi individuati nel comma 2, sorteggiato in sede di gara. I metodi sono:

- a) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unita' superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media;
- b) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, tenuto conto che se la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi e' pari ovvero uguale a zero la media resta invariata; qualora invece la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi e' dispari, la media viene decrementata percentualmente di un valore pari a tale cifra;
- c) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, incrementata del 20 per cento;
- d) media aritmetica dei ribassi in termini assoluti di tutte le offerte ammesse, decurtata del 20 per cento;
- e) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unita' superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media, moltiplicato per un coefficiente sorteggiato dalla commissione giudicatrice all'atto del suo insediamento tra i seguenti valori: 0,6; 0,8; 1; 1,2; 1,4;

Q. LE NORME SUL PPP

Tutta la materia del partenariato pubblico privato (PPP) è stata riscritta con alcune novità tra cui quella più rilevante appare quella di essere l'unico caso in cui è possibile mettere contestualmente in gara progettazione ed esecuzione.

R. FINANZA DI PROGETTO

L'art. 183 norma tutta la procedura della Finanza di Progetto con una unica ma sostanziale novità. Al comma 15 è infatti previsto l'istituto della prelazione che il promotore può esercitare in caso non risulti aggiudicatario riconoscendo il 2,5% a titolo di spese progettazione all'aggiudicatario. Tutto il comma norma la procedura da seguire ove, in luogo del progetto di fattibilità dell'amministrazione, sia l'impresa ad avanzare la proposta per iniziative non inserite nella programmazione dell'amministrazione.

Novità anche in tema di rischio operativo che con la nuova formulazione, in linea con la direttiva e con le nuove regole della contabilità pubblica (eurostat4) impone il trasferimento sui privati nel caso in cui non sia garantito il recupero dell'investimento o dei costi della gestione. In tema di finanziamento è stato ristretto il termine entro cui ottenere la copertura dell'importo oggetto della concessione da 24 a 12 mesi ed inoltre il valore della concessione è calcolato come fatturato totale generato dalla concessione stessa.

Al comma 16 si estende la procedura di cui al comma 15 anche al LEASING FINANZIARIO che all'art. 187 è normato senza modifiche rispetto alle vecchie revisioni.

Senza modifiche anche il CONTRATTO DI DISPONIBILITA' (art. 188).

S. PARTENARIATO SOCIALE

Con gli artt. 189 e 190 vengono normate due interessanti tipologie di coinvolgimento di privati cittadini in interventi di rigenerazione delle aree urbane comuni (piazze, aree verdi, strade ecc...) per le quali i Comuni possono prevedere riduzioni/esenzioni da tributi locali.

T. PAGAMENTI IN NATURA

L'ART. 191 stabilisce la possibilità che il corrispettivo di un appalto possa essere anche un bene immobile non più funzionali. La norma inserita nel parte V riservata al partenariato Pubblico Privato ma si ritiene che sia efficace in qualunque caso, quindi anche nelle procedure ordinarie.