ANCE | ASSOCIAZIONE NAZIONALE COSTRUTTORI EDILI

“Nuove procedure per i comuni in tema di lavori pubblici”

Aosta
28 novembre 2014

Decreto legge n. 66 del 2014
c.d. "Spending review"

Decreto legge n. 66 del 2014 - c.d. "Spending review"

Centrali di committenza

Il testo complessivo del decreto Spending review, come convertito in legge, incide profondamente sull'aggregazione della domanda da parte dei soggetti pubblici per l'acquisizione di lavori, beni e servizi.

Gli articoli 8, 9 e 10, infatti, delineano un quadro complesso in cui, con particolare riguardo all'acquisto di beni e servizi, i soggetti pubblici sono obbligati ad aggregare la domanda mediante l'istituzione di pochi e definiti soggetti aggregatori, iscritti peraltro in un apposito elenco presso l'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti.

…Segue…

Decreto legge n. 66 del 2014 - c.d. "Spending review"

Per ciò che nello specifico concerne gli affidamenti di lavori, nella legge di conversione viene confermata la modifica al comma 3-bis dell'art. 33 del Codice dei contratti, relativo alle centrali di committenza dei piccoli Comuni (di cui comma 4 dell'art. 9 del decreto legge in commento).

La nuova formulazione del comma 3-bis prevede che i Comuni non capoluogo di provincia debbano procedere all'acquisizione di lavori, beni e servizi nell'ambito delle unioni di Comuni esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo consortile e avvalendosi dei competenti uffici anche delle province, oppure ricorrendo ad un soggetto aggregatore o alle province.

In alternativa, gli stessi Comuni possono acquisire beni e servizi attraverso gli strumenti elettronici di acquisto gestiti da Consip S.p.A. o da altro soggetto aggregatore di riferimento.

Viene disposto, altresì, che l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici non rilascia il codice identificativo gara (CIG) ai Comuni non capoluogo di Provincia che procedano all'acquisizione di lavori, beni e servizi in violazione dei predetti adempimenti.

…Segue…

Decreto legge n. 66 del 2014 - c.d. "Spending review"

1) In primo luogo, viene decisamente ampliato il novero dei soggetti che devono ricorrere alle centrali di committenza; scompare, infatti, il riferimento ai Comuni con popolazione inferiore a 5.000, che viene sostituito da quello generale a tutti i Comuni che non siano anche capoluogo.

2) In secondo luogo, scompare la previsione, introdotta recentemente nell'ultimo periodo del comma 3-bis dalla legge di Stabilità 2014, che esonerava i Comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti dall'obbligo di ricorrere alle centrali di committenza per l'acquisizione di lavori in economia mediante amministrazione diretta, ossia per importi fino a 50.000 euro, e mediante affidamenti diretti, dunque per importi fino a 40.000 euro.

…Segue…

Decreto legge n. 66 del 2014 - c.d. "Spending review"

Proroga delle centrali di committenza (art. 23 bis e art. 23 ter del dl 90/2014)

Il DL 90/ 2014 ha introdotto modifiche

❖viene **differita al 1° luglio 2015** l'entrata in vigore della disciplina, di cui al predetto comma 3-bis dell'articolo 33 del Codice Appalti, in ordine alla centralizzazione delle **procedure di acquisizione di lavori**, per tutti i comuni non capoluogo di provincia. Con riferimento all'acquisizione di beni e servizi, il termine è **differito al 1° gennaio 2015.**

❖i comuni con popolazione superiore a 10.000 abitanti possono procedere **autonomamente** per gli **acquisti di beni, servizi e lavori di valore inferiore a 40.000 euro**

…Segue…

Il D.L. 90/2014

c.d. “Pubblica Amministrazione”

(convertito con modifiche dalla Legge n. 114/2014)

…Segue…

Legge n. 114/2014, di conversione, con modifiche, del decreto legge n. 90/2014, c.d. d.l. "Pubblica Amministrazione"

Nuove norme in materia di iscrizione alle White List (art. 29)

Il decreto 90/2014, all'art. 29, ha introdotto una modifica della disciplina dello strumento delle cosiddette "white list", previste a livello nazionale dalla legge n. 190/2012, che **va nella direzione dell'obbligatorietà delle liste prefettizie** auspicata dall'Ance.

Secondo la norma, le pubbliche amministrazioni dovranno **acquisire la documentazione antimafia**, sia nella forma della comunicazione che in quella dell'informazione, relativa alle imprese operanti **nei settori a più alto rischio di infiltrazione mafiosa**, di cui all'art. 1, comma 53 della Legge 190/2012, **consultando obbligatoriamente le "white list",** ovvero l'elenco, istituito presso ciascuna Prefettura, delle imprese operanti nei settori suddetti per le quali sia escluso il tentativo di infiltrazione mafiosa.

Si tratta delle seguenti attività:

- trasporto di materiali a discarica per conto di terzi;
- trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi;
- estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti;
- confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume;
- noli a freddo di macchinari;
- fornitura di ferro lavorato;
- noli a caldo;
- autotrasporti per conto di terzi;
- guardiania dei cantieri.

…Segue…

Legge n. 114/2014, di conversione, con modifiche, del decreto legge n. 90/2014, c.d. d.l. "Pubblica Amministrazione"

Ciò vuol dire che l'iscrizione alle "white list" diventa, per le imprese operanti nei settori più a rischio, obbligatoria per accertare l'assenza di pregiudizi nella materia dell'antimafia, nell'ambito dei rapporti contrattuali, diretti o indiretti, con la pubblica amministrazione.

Inoltre, per tener conto del fatto che alcune ditte iscritte in tali elenchi possono operare in diversi campi di attività, la norma stabilisce che l'iscrizione all'elenco possa essere utilizzata, ai fini della certificazione antimafia, **anche per attività diverse da quelle per le quali è stata disposta l'iscrizione.**

La norma prevede, altresì, una disposizione transitoria che, in prima applicazione e per un periodo non superiore a un anno dall'entrata in vigore del decreto, stabilisce che le pubbliche amministrazioni procedano all'affidamento di contratti o all'autorizzazione di subcontratti per le attività a rischio dopo aver accertato che sia stata presentata domanda di iscrizione presso la lista prefettizia di competenza.

In sostanza, il legislatore ha riproposto la formulazione già prevista per la ricostruzione post terremoto in Emilia Romagna (art. 5-bis del DL 74/2012) rendendo di fatto obbligatoria per le imprese operanti nei settori a rischio l'iscrizione alle white list per poter accedere a contratti o subcontratti con la PA.

…Segue…

Legge n. 114/2014, di conversione, con modifiche, del decreto legge n. 90/2014, c.d. d.l. "Pubblica Amministrazione"

Osservazioni

La norma costituisce un importante passo in avanti nel senso voluto dall'Ance dell'obbligatorietà dell'iscrizione presso le white list delle imprese operanti nei settori a maggiore rischio di infiltrazione mafiosa.

Anche a seguito dell'intervento dell'ANCE, la norma è stata modificata per evitare possibili zone d'ombra con riferimento agli appalti di importo inferiore a 150.000 euro, che sulla base della normativa vigente, sarebbero esclusi dall'obbligo della documentazione antimafia e quindi dall'obbligo di iscrizione alle white list.
A tal proposito, il testo approvato in via definitiva ha, infatti, previsto l'obbligo di iscrizione alle white list indipendentemente dalle soglie di cui al decreto legislativo n. 159/2011 (c.d. Codice Antimafia)

In merito ai subappalti, invece, la lettura combinata del predetto Codice Antimafia (D.Lgs 159/2011, art,91, comma1, lettera c)) e del Codice degli appalti (D.Lgs 163/2006, art. 118, comma 1 n.4) già garantiva l'acquisizione della documentazione antimafia (la comunicazione antimafia per importi compresi fino a 150.000 euro, l'informazione antimafia per importi superiori) e, conseguentemente, il ricorso alle white list.

Ciò in linea con i protocolli di legalità che già estendevano alle attività a maggiore rischio di infiltrazione malavitosa i controlli antimafia indipendentemente dal valore del contratto o subcontratto. In ogni caso, i benefici derivanti dall'obbligo di iscrizione alle liste prefettizie sono limitati esclusivamente ai lavori pubblici.

…Segue…

Legge n. 114/2014, di conversione, con modifiche, del decreto legge n. 90/2014, c.d. d.l. "Pubblica Amministrazione"

Le varianti in corso d'opera (Art. 37)

❖per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria,

l'obbligo di trasmissione, entro 30 giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante, all'Autorità Nazionale Anticorruzione di talune tipologie di varianti in corso d'opera -ossia quelle di cui al comma 1, lettera "b" (cause impreviste e imprevedibili) "c" (eventi inerenti alla natura e specificità dei beni o rinvenimenti) e "d" (sorpresa geologica) dell'articolo 132 del D.lgs. 163/2006)- laddove di importo eccedente il 10 per cento dell'importo originario del contratto.

❖ per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria,

l'obbligo di comunicazione all'Osservatorio dei Lavori pubblici, tramite le sezioni regionali, sempre entro 30 giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante, di tutte le varianti, indipendentemente dall'importo e dalla tipologia delle stesse. La comunicazione delle varianti è funzionale alle valutazione ed agli eventuali provvedimenti dell'ANAC.

Si segnala che, in caso di inadempimento dell'obbligo di comunicazione delle sole varianti relative ai contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, si applicano le sanzioni previste dall'articolo 6, comma 11, del citato Codice dei contratti pubblici.

…Segue…

Comunicato ANAC del 16 luglio 2014 - modalità di trasmissione delle varianti

Con il comunicato del Presidente, pubblicato sul sito istituzionale il 16 luglio u.s., l'Anac (Autorità nazionale anticorruzione) ha evidenziato alcune istruzioni operative per le stazioni appaltanti che sono tenute all'adempimento di quanto previsto in tema di varianti nell'art. 37, del Decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, recante "*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*".

le varianti in corso d'opera di cui al comma lettere "b" (cause impreviste e imprevedibili), "c" (eventi inerenti alla natura e specificità dei beni o rinvenimenti) e "d" (sorpresa geologica) dell'articolo 132 del Codice degli appalti (Decreto legislativo n. 163/2006), sono trasmesse dalle stazioni appaltanti, unitamente al progetto esecutivo, all'atto di validazione e ad apposita relazione del responsabile del procedimento, all'ANAC entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante per le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza.

…Segue…

Comunicato ANAC del 16 luglio 2014 - modalità di trasmissione delle varianti

Atti da trasmettere:

- Relazione del responsabile del procedimento;
- Quadro comparativo di variante;
- Atto di validazione;
- Provvedimento definitivo di approvazione.

La nuova norma si applica alle varianti approvate dopo l'entrata in vigore del DL n. 90/2014 (ossia dopo il 24 giugno 2014)

Legge n. 114/2014, di conversione, con modifiche, del decreto legge n. 90/2014, c.d. d.l. "Pubblica Amministrazione"

Semplificazione degli oneri formali nella partecipazione (Art. 39)

L'art. 39 interviene sulla disciplina dei requisiti di ordine generale, di cui all'art. 38 del Codice degli appalti, necessari per la partecipazione alle procedure di gara, prevedendo che:

> «La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria.
>
> In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere.
>
> Nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara.
>
> Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte.».

…Segue…

Legge n. 114/2014, di conversione, con modifiche, del decreto legge n. 90/2014, c.d. d.l. "Pubblica Amministrazione"

Osservazioni

Con riferimento alla prevista possibilità di sanare irregolarità riguardanti aspetti essenziali delle dichiarazioni sostitutive, attraverso il pagamento di una sanzione pecuniaria, vanno segnalate numerose criticità.

Innanzitutto, la norma non contiene alcuna indicazione su cosa debba intendersi per irregolarità essenziali, rimettendo integralmente tale valutazione alla discrezionalità delle stazioni appaltanti.

…Segue…

Inoltre, va ricordato che l'applicazione di una sanzione amministrativa richiede la sussistenza della coscienza e volontà della condotta attiva o omissiva, sia essa dolosa o colposa (cfr. art. 3 della legge 24 novembre 1981, n. 689).

Nella disposizione in esame, tuttavia, è del tutto assente la fase di accertamento in contradditorio dell'elemento soggettivo, da cui un possibile profilo di contrasto con i suddetti principi.

Occorre, poi, evidenziare che la nuova Direttiva in materia di appalto nei settori ordinari (2014/25/UE) disciplina il soccorso istruttorio, consentendo alle amministrazioni aggiudicatrici di richiedere agli operatori economici interessati la presentazione, l'integrazione, il chiarimento o il completamento delle informazioni o della documentazione di gara, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza (art. 53, comma 3).

A ciò si aggiunga che, sul piano della normativa nazionale, l'articolo 71 del DPR 445/2000, prevede che, in caso di autodichiarazioni irregolari o incomplete non costituenti falsità, ne debba essere consentita la regolarizzazione o il completamento, senza alcun aggravio economico per l'interessato. In casi di mancata regolarizzazione, ha luogo solo l'interruzione del procedimento, ossia, in caso di procedura ad evidenza pubblica, l'esclusione dalle stesse.

Legge n. 114/2014, di conversione, con modifiche, del decreto legge n. 90/2014, c.d. d.l. "Pubblica Amministrazione"

(art. 32)

Molte perplessità desta, infine, la previsione che specifica la non rilevanza, ai fini del calcolo della media delle offerte e della determinazione della soglia di anomalia, di ogni variazione che intervenga dopo la fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale.

Infatti, il dettato letterale della previsione, che specifica che si è in una fase successiva all'ammissione delle offerte, potrebbe portare a ritenere che si debbano considerare irrilevanti le variazioni legate al controllo sul possesso dei requisiti di qualificazione che, come noto, vengono accertati in sede di verifica a campione nonché in capo all'aggiudicatario provvisorio.

Se così fosse, e si dovessero considerare irrilevanti eventuali esclusioni dovute all'assenza di requisiti di qualificazione, accertate in sede di verifica a campione, si avrebbe che la soglia di anomalia verrebbe calcolata sulla base di tutte le offerte ammesse, comprese quelle di soggetti privi della necessaria idoneità.

Tale opinione interpretativa è dunque da scartare, in quanto, in tal caso, le procedure di gara si presterebbero facilmente a forme di condizionamento dovute alla presentazione di offerte "di appoggio", da parte di soggetti privi dei requisiti di qualificazione necessari, in considerazione della possibilità di influire sulla determinazione della soglia di anomalia, presentando offerte contenenti dichiarazioni sostitutive, di cui all'art. 38 del Codice dei contratti, formalmente complete ma non veritiere.

…Segue…

Legge n. 114/2014, di conversione, con modifiche, del decreto legge n. 90/2014, c.d. d.l. "Pubblica Amministrazione"

(art. 32)

Altra questione, invece, è quella in cui sia l'aggiudicatario provvisorio ad essere privo dei requisiti di qualificazione. In tale ipotesi, sembra potersi desumere dalla norma che, per procedere alla nuova aggiudicazione, non sia necessario rideterminare la soglia di anomalia ma, al contrario, sia possibile scorrere la graduatoria dei concorrenti fino all'individuazione del nuovo aggiudicatario.

Tale ipotesi potrebbe avere un effetto positivo in termini di accelerazione degli affidamenti e deflazione del contenzioso, considerata la cristallizzazione della graduatoria originariamente determinata.

Tuttavia, sarebbe opportuno, con apposito chiarimento, limitare tale principio ai casi di esclusione del primo e secondo classificato, al fine di evitare forme di alterazione del mercato, conseguenti ad aggiudicazioni disposte tenendo conto della partecipazione di soggetti che, a causa dell'assenza dei necessari requisiti, non dovevano essere ammessi in gara.

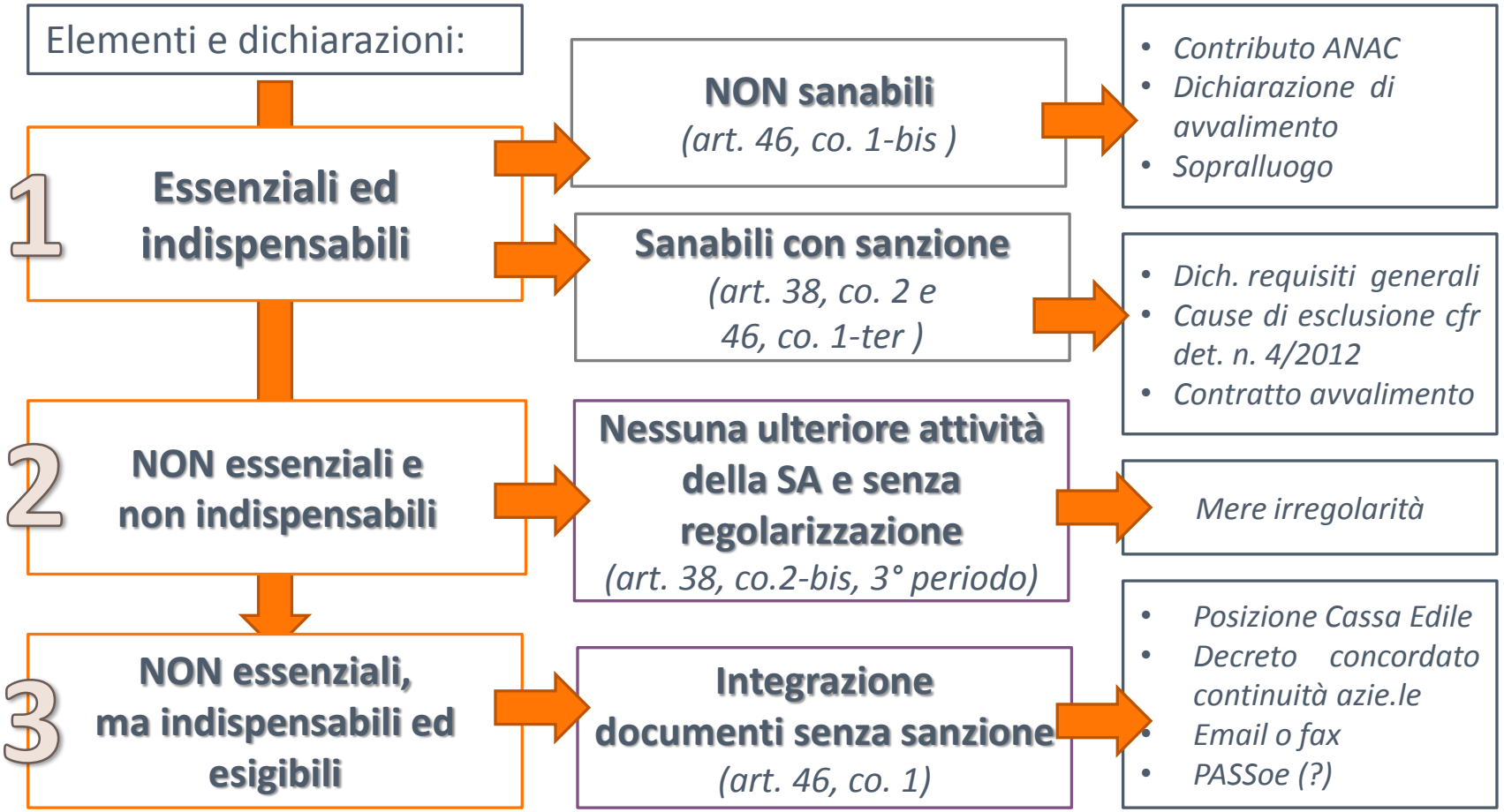
…Segue…

Bozza di Determinazione A.N.AC.

Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163

(Nuova disciplina del soccorso istruttorio)

Bozza Determinazione ANAC - soccorso istruttorio



- Le SA procederanno – caso per caso – alla valutazione delle **irregolarità essenziali** e dell'**indispensabilità degli elementi** e **delle dichiarazioni presentate** dai concorrenti, potendo esigere, ***senza sanzione alcuna, il completamento o l'integrazione*** della documentazione, tramite tutte quelle informazioni utili alla verifica delle autodichiarazioni rese.
- L'offerta non può essere sanata o modificata.

Il DL n. 133/2014

c.d. “Sblocca Italia»

(Convertito con modifiche dalla legge n. 164/2014)

D.L. n.133 del 2014 – c.d. "Sblocca Italia"

Art. 9 - Interventi di estrema urgenza in materia di vincolo idrogeologico, di normativa antisismica e di messa in sicurezza degli edifici scolastici e dell'Alta formazione artistica, musicale e coreutica – AFAM

In particolare, viene altresì considerata **di "estrema urgenza",** anche la situazione conseguente ad apposita ricognizione da parte dell'Ente interessato che **certifichi come indifferibile** gli interventi, anche su impianti, arredi, dotazioni, o opera edilizia funzionali:

1. alla messa in sicurezza degli edifici scolastici di ogni ordine e grado, e di quelli dell'alta formazione artistica, musicale e coreutica (AFAM) comprensivi di nuove edificazioni sostitutive di manufatti non rispondenti ai requisiti di salvaguardia della incolumità e della salute della popolazione scolastica e docente;
2. alla mitigazione dei rischi idraulici e geomorfologici del territorio;
3. all'adeguamento alla normativa antisismica;
4. alla tutela ambientale e del patrimonio culturale.

…Segue…

D.L. n.133 del 2014 – c.d. "Sblocca Italia"

(Art. 9 - Interventi di estrema urgenza in materia di vincolo idrogeologico, di normativa antisismica e di messa in sicurezza degli edifici scolastici e dell'Alta formazione artistica, musicale e coreutica – AFAM)

Per tali interventi, viene prevista l'applicazione delle seguenti disposizioni

a) per i lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria, non si applicano i commi 10 e 10 ter dell'articolo 11 del decreto legislativo n. 163 del 2006 (ossia il termine dilatorio di *stand still* e quello processuale per la stipula del contratto, successivi all'aggiudicazione definitiva);
b) i bandi per gli appalti sottosoglia, sono pubblicati unicamente sul sito informatico della stazione appaltante;
c) i termini di recezione delle domande di partecipazione e per fare le offerte sono dimezzati;
d) i lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, per importi complessivi inferiori alla soglia comunitaria, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6, del decreto legislativo n. 163 del 2006, con invito rivolto ad almeno dieci operatori economici. I lavori affidati ai sensi della presente lettera, relativi alla categoria prevalente, sono affidabili a terzi mediante sub appalto o sub contratto nel limite del 30 per cento dell'importo della medesima categoria;
e) per i lavori di messa in sicurezza degli edifici scolastici di ogni ordine e grado e di quelli dell'alta formazione artistica, musicale e coreutica (AFAM), è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento fino a 200.000 euro, purché nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione, con invito rivolto ad almeno cinque operatori economici.

…Segue…

Le principali modifiche in fase di conversione…

- la certificazione di indifferibilità può riguardare solo lavori sotto la soglia comunitaria;
- Viene eliminata la disposizione che consentiva di prescindere dalla richiesta di garanzie a corredo dell'offerta;
- Viene elevato da tre a dieci il numero minimo di operatori da invitare;
- Viene rafforzata la post-informazione;
- Viene previsto che l'Anac potrà effettuare controlli a campione;
- Vengono eliminati gli appalti di progettazione ed esecuzione;

D.L. n.133 del 2014 – c.d. "Sblocca Italia"

Valutazione: forti criticità

Le nuove misure sono comunque da valutarsi negativamente, in quanto determinano un forte restringimento della concorrenza e del mercato.
Infatti, in primo luogo, viene introdotto, in via generale, un ulteriore caso, oltre quelli previsti dagli articoli 57, co 2, lett. c) e 221, comma 1, lettera d) del D.lgs. 163/2006 , di affidamento con procedura negoziata senza bando per interventi, sotto soglia comunitaria, certificati dall'Ente interessato come indifferibili attinenti agli edifici scolastici, nonché di mitigazione dei rischi idraulici e geomorfologici del territorio, nonché di adeguamento della normativa sismica e di tutela ambientale e del patrimonio culturale.
.
Peraltro, per i soli lavori di messa in sicurezza degli edifici scolastici e di quelli di alta formazione artistica, musicale e coreutica, è prevista la possibilità di affidamento diretto da parte del RUP per importi fino a 200.000 euro, purché nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione, con invito rivolto ad almeno cinque operatori economici.

Tali disposizioni, peraltro, non sono volte ad accelerare l'esecuzione di interventi già finanziati, o riferiti a programmi specifici (quali ad esempio gli interventi individuati dagli accordi di programma già sottoscritti di cui al DL "del Fare" n. 69/2013, o al D.L. 91/2014), quanto, piuttosto, ad introdurre delle norme generali applicabili ratione materiae alle sfere di intervento sopra descritte.

D.L. n.133 del 2014 – c.d. "Sblocca Italia"

Art. 34 - Modifiche al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, per la semplificazione delle procedure in materia di bonifica e messa in sicurezza di siti inquinati. Misure urgenti per la realizzazione di opere lineari realizzate nel corso di attività di messa in sicurezza e bonifica

La disposizione in commento prevede alcune novità in materia di affidamento dei lavori di bonifica introducendo numerose modifiche al Codice dei contratti, ossia:

a) anzitutto, viene modificato l'art. 48 del Codice sui contratti pubblici, prevedendo che, le stazioni appaltanti, nei casi di bonifica e/o messa in sicurezza di siti contaminati, devono verificare i requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa, necessari alla partecipazione, già in sede di offerta. In tali casi, non si applica, pertanto, la norma che impone tale verifica su un numero di concorrenti, non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate;

b) in secondo luogo, il provvedimento, con una modifica all'art. 49 del Codice, chiarisce che non è possibile il ricorso all'istituto dell'avvalimento per l'iscrizione all'Albo dei gestori ambientali;

…Segue…

c) la disposizione, prevede, inoltre, mediante la modifica dell'art. 57 del Codice, il ricorso, nella misura strettamente necessaria, alle procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara, nei casi "urgenti" – e non più solo estremamente urgenti -di bonifica e/o messa in sicurezza di siti contaminati;

d) con l'intervento sull'art. 70 è, altresì, prevista per la stazione appaltante la possibilità di ridurre il termine per la ricezione delle domande di partecipazione alla gara sino a 15 giorni dalla pubblicazione del bando e fino a 10 giorni dalla data di invio dell'invito a presentare le offerte nelle procedure ristrette, in cui sia prevista la sola esecuzione della bonifica, quest'ultimo termine sale a 30 giorni se il contratto ha ad oggetto il progetto esecutivo ed a 45 giorni se ha ad oggetto quello definitivo;

e) si prevede l'introduzione di una nuova ipotesi di variante "non variante" in corso d'opera – di competenza del direttore dei lavori - prevedendo che questa possa essere ammessa, in caso di bonifica e/o messa in sicurezza di siti contaminati, a condizione che non superi il 10% (normalmente è pari al 5%) dell'importo dei lavori;

…Segue…

D.L. n.133 del 2014 – c.d. "Sblocca Italia"

Valutazione: forti criticità

Con le modifiche introdotte, potrebbe risultare penalizzato il principio di massima concorrenza; ciò sia a causa dell'estensione, in caso di bonifiche urgenti, della possibilità di ricorso alle procedure negoziate senza bando previste per l'estrema urgenza; sia in ragione della riduzione dei termini per la ricezione delle domande di partecipazione alla gara o per la presentazione delle offerte.

Il ricorso all'avvalimento per l'iscrizione all'Albo dei gestori ambientali conferma quanto già ipotizzato in giurisprudenza e dall'AVCP.

BANDO-TIPO N. 2 DEL 2 SETTEMBRE 2014

AFFIDAMENTO DI APPALTI DI LAVORI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI PER IMPORTI SUPERIORI AI 150.000 EURO.

Esame e commento

Bando-Tipo n. 2 del 2 settembre 2014 – Esame e commento

1. Il bando-tipo: aspetti generali

Nella prima sezione, l'Autorità illustra il metodo adoperato per la redazione del modello di disciplinare.

Il modello si compone di:

a) un contenuto "prescrittivo-vincolante"

b) di un contenuto "prescrittivo-discrezionale".

Quest'ultimo riguarda elementi procedurali che fanno necessariamente parte della documentazione di gara, ma sui quali le stazioni appaltanti hanno margini di discrezionalità, seguendo le istruzioni di compilazione indicate dall'Autorità.

…Segue…

Bando-Tipo n. 2 del 2 settembre 2014 – Esame e commento

Con riferimento alle parti a contenuto vincolante, l'Autorità fornisce una prima elencazione illustrativa delle cause di esclusione nonché delle informazioni che integrano il bando di gara, relative alle modalità di costituzione della cauzione provvisoria ed alle dichiarazioni sul possesso dei requisiti, da rendere in gara.

Ne consegue **che le stazioni appaltanti potranno prevedere ulteriori cause di esclusione rispetto a quelle individuate nella Determinazione n. 4/2012, previa adeguata e specifica motivazione, solo con riferimento a disposizioni di leggi vigenti ovvero alle ipotesi previste dall'articolo 46, comma 1-bis del Codice**.

Sul punto, l'Autorità chiarisce che le eventuali deroghe al bando- tipo, ancorché motivate, non potranno mai consistere nell'introduzione di clausole in contrasto con il disposto dell'art. 46, comma 1-bis, perché sarebbero affette da nullità.

Vengono, quindi, confermate le considerazioni espresse nella citata determinazione, secondo cui le possibilità di deroga per le amministrazioni possono consistere unicamente nella previsione di ipotesi di esclusione ulteriori sempreché abbiano fondamento in norme di legge vigenti o che tutelino le esigenze di certezza circa l'identificazione dell'offerente e la regolarità dell'offerta, contemplate dall'articolo 46, comma 1-bis.

…Segue…

Bando-Tipo n. 2 del 2 settembre 2014 – Esame e commento

Le considerazioni appena formulate appaiono tanto più rilevanti ove si considerino i numerosi problemi applicativi sorti in merito al nuovo comma 2-bis dell'articolo 38 del Codice dei contratti.

Di questo abbiamo già parlato

E' in atto una consultazione da parte dell'ANAC, i cui esiti andranno coordinati con i bandi tipo di prossima emanazione.

…Segue…

Bando-Tipo n. 2 del 2 settembre 2014 – Esame e commento

2. Il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici

I

l bando tipo conferma appieno il sistema di qualificazione SOA (cfr. punti 13.1. e 16.5.), inteso come necessario e sufficiente ai fini della partecipazione a gare di appalto per l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro (art. 60, comma 2 e 4 del Regolamento).

L'Autorità conferma che la qualificazione in una categoria di lavorazioni generali o speciali abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire lavori di quella tipologia, nei limiti di valore della propria classifica incrementata di un quinto.

…Segue…

Riguardo al sistema delle categorie, nella nota illustrativa viene evidenziato che, nelle more della revisione delle disposizioni regolamentari annullate dal Consiglio di Stato (DL 47/2014 convertito dalla Legge n. 80/2014), vale sempre la regola generale secondo cui il soggetto qualificato nella categoria prevalente può svolgere una serie di lavorazioni complementari alla realizzazione dell'opera, anche se privo della relativa qualificazione (art. 107, comma 1, del Regolamento).

Tuttavia:

-non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario, privo delle relative adeguate qualificazioni, le lavorazioni scorporabili relative alle categorie di opere generali individuate nell'allegato A al predetto Regolamento, nonché le categorie individuate nel medesimo allegato A con l'acronimo OS, a qualificazione obbligatoria;

- le predette lavorazioni sono comunque subappaltabili ad imprese qualificate e sono indicate nei bandi di gara ai fini della costituzione di associazioni temporanee di tipo verticale;

- in mancanza di idonea qualificazione nelle categorie "superspecialistiche", il concorrente qualificato nella sola categoria prevalente (cfr. punto 13.1.2.) è obbligato a ricorrere all'ATI qualora l'importo delle predette superspecialistiche superi singolarmente il 15 per cento dell'importo a base di gara

...Segue...

2.1. Il costo del lavoro

1) applicazione del contratto dell'edilizia

Recependo una sollecitazione dell'Ance circa l'applicazione del contratto nazionale dell'edilizia,

l'Autorità afferma che appare corretto inserire nei bandi relativi ad appalti di natura edile o prevalentemente edile, la formula "applicazione ai lavori coinvolti nei lavori oggetto del presente bando di gara del contratto nazionale territoriale dell'edilizia sottoscritti dalle associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale".

…Segue…

Bando-Tipo n. 2 del 2 settembre 2014 – Esame e commento

(2.1. Il costo del lavoro)

È, infatti, indispensabile, ai fini di garantire un corretto svolgimento della concorrenza leale tra le imprese e per evitare fenomeni di dumping sociale distorsivi e fortemente lesivi per il mercato.

Contrariamente, infatti, si rischierebbe che fattispecie già fortemente penalizzanti negli ultimi tempi per le imprese del settore edile si trasformino in un vero e proprio danno irreversibile per il mercato, attraverso una patologica alterazione della concorrenza, determinata dalla possibilità per imprese che applichino contratti differenti da quello edile, e che perciò sostengono costi notevolmente più bassi, di partecipare alle gare di lavori edili.

.

…Segue…

(2.1. Il costo del lavoro)

Applicazione del comma 3 bis dell'art. 82 del codice dei contratti pubblici, introdotto dalla legge di conversione del DL n. 69/2013, in tema di costo del personale.

Tale disposizione stabilisce che il prezzo più basso è determinato al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore, anche di secondo livello e delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro

Bando-Tipo n. 2 del 2 settembre 2014 – Esame e commento

(2.1. Il costo del lavoro)

Nei bandi-tipo viene ribadito dall'Autorità che il costo complessivo del personale, per ciascun concorrente, si determina in base alla reale capacità organizzativa d'impresa e come tale non può essere in alcun modo compressa, mediante predeterminazioni operate ex ante dalla stazione appaltante.

Da tali argomentazioni, l'Autorità desume che la valutazione del costo del lavoro deve trovare la sua corretta collocazione all'interno della verifica di congruità dell'offerta.

Tale orientamento interpretativo suscita molte perplessità, stante il chiaro dettato normativo.

…Segue…

Bando-Tipo n. 2 del 2 settembre 2014 – Esame e commento

Oneri della sicurezza aziendali nell'ambito dei lavori pubblici

In questa sede, viene anche affrontata la questione concernente l'obbligo di indicazione degli oneri della sicurezza aziendali nell'ambito dei lavori pubblici.

Tale tematica è stata oggetto di vivace confronto giurisprudenziale, con esiti non univoci.

Su questi presupposti, l'ANAC, in linea con le tesi ANCE, conferma che, per il lavori pubblici, non sussiste l'obbligo, a carico del concorrente, di indicare i suddetti oneri in sede di partecipazione. Ciò appare, ad avviso dell'Autorità, più aderente al dettato normativo e al principio di tassatività delle cause di esclusione espresso dall'art. 46, comma 1-bis, del Codice, da cui si evince che l'obbligo di indicare tali oneri all'atto di presentazione dell'offerta è riferibile soltanto al settore dei servizi e delle forniture (che l'art. 87, comma 4, del Codice, cita espressamente) **e non anche quello dei lavori**.

In particolare, secondo la nota illustrativa al modello di bando tipo, l'indicazione da parte del concorrente, già in sede di offerta, di tali oneri non deve essere prevista a pena di esclusione.

Una richiesta in tal senso può avvenire eventualmente in un momento successivo, in sede di verifica di congruità (*cfr.* determinazione dell'AVCP del 5 marzo 2008, n. 3).

…Segue…

Bando-Tipo n. 2 del 2 settembre 2014 – Esame e commento

5. Soggetti ammessi alla gara - ATI

Nel caso di concorrenti con identità plurisoggettiva come le ATI, l'ANAC rileva che:

ai sensi di quanto disposto dal d.l. 28 marzo 2014, n. 47 - convertito con modificazioni dalla legge n. 80/2014, che, com'è noto, ha abrogato il comma 13 dell'art. 37 e modificato l'art. 92, comma 2, del Codice (cfr. determinazione AVCP n. 4 del 10 ottobre 2012) – *"è venuto meno il principio di corrispondenza sostanziale tra quote di qualificazione, quote di partecipazione al raggruppamento e quote di esecuzione dei lavori".*

…Segue…

Bando-Tipo n. 2 del 2 settembre 2014 – Esame e commento

(5. Soggetti ammessi alla gara – ATI)

Pertanto, nella nota illustrativa, si evidenzia che:

1. non deve ricorrere necessariamente una corrispondenza tra le quote di partecipazione e le quote di esecuzione.

2. le stesse quote di esecuzione, che possono essere diverse dalle quote di partecipazione in raggruppamento, sono suscettibili di modifica, in fase di realizzazione dell'opera, con il consenso della stazione appaltante, e nei limiti della qualificazione posseduta da ciascun componente il raggruppamento.

…Segue…

Bando-Tipo n. 2 del 2 settembre 2014 – Esame e commento

(5. Soggetti ammessi alla gara - ATI)

Da ciò, per l'ANAC, in fase di partecipazione alla gara, è necessario, a pena di esclusione, l'indicazione **sia delle quote di esecuzione**, e sia delle **quote di partecipazione** al raggruppamento (cfr. anche relativa relazione a pagg. 12 e 13).

Tuttavia, va osservato che nella bozza di determinazione dell'A.NAC. in merito all'art. 38, comma 2 bis del Codice, attualmente in corso di consultazione**, prevede che occorra indicare le sole quote di esecuzione**.

La posizione espressa nella bozza di determinazione tende ad evidenziare il principio sostanziale secondo cui occorre che il concorrente sia in possesso dei requisiti di idoneità sufficienti a "coprire" la quota d'esecuzione.

…Segue…

(5. Soggetti ammessi alla gara - ATI)

Sembra difficilmente superabile il dato letterale di cui all'art. 92, comma 5, anche a seguito della sua recente riformulazione, che continua a prevedere la necessità dell'indicazione in gara della quota di partecipazione al raggruppamento.

Bando-Tipo n. 2 del 2 settembre 2014 – Esame e commento

(5. Soggetti ammessi alla gara - ATI)

Ciò posto, si potrebbe anche ritenere, in via interpretativa, che le quote "*indicate in sede di offerta*", cui fa menzione l'ultimo periodo del comma 2 dell'art. 95, siano da intendersi verosimilmente ancora come le quote di partecipazione al raggruppamento, e non come un'ulteriore dichiarazione riferita alle quote di esecuzione.

Da ciò discende che, in linea di principio, i lavori saranno eseguiti dalle imprese raggruppate secondo le quote di partecipazione al raggruppamento dichiarate in fase di gara, fatta salva la possibilità di una loro modifica successiva, previa autorizzazione della stazione appaltante, che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate.

…Segue…

Avvalimento plurimo

il bando tipo già recepisce i contenuti della legge recante le "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea" (Legge europea 2013 bis, del 30 ottobre 2014, n. 161), che riconosce l'ammissibilità del concorrente che utilizzi cumulativamente per una stessa categoria, i requisiti di più imprese ausiliarie (cfr. punto 13.3.) c.d "avvalimento plurimo"

Tale possibilità fa seguito a quanto deciso dalla Corte di Giustizia Europea che ha ritenuto incompatibile con gli artt. 47, paragrafo 2 e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE del 31/03/2004 una disposizione nazionale, come quella in questione, che vietava in via generale agli operatori economici di avvalersi per la stessa categoria di qualificazione delle capacità di più imprese (cfr. sentenza del 10 ottobre 2013, Causa C-94/12, nonché il Comunicato del Presidente dell'AVCP del 20 marzo 2014, n. 75 e le news ANCE dell'18 ottobre 2013 e dell'11 aprile 2014).

…Segue…

10. Subappalto

Viene ribadito che la mancata indicazione del lavoro o parte di lavoro, che si intende subappaltare da parte del concorrente sprovvisto della qualificazione per tali lavori costituisce causa di esclusione dalla gara, solo nel caso in cui si tratti di categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria.

Ciò in quanto, in assenza di tale indicazione, in fase esecutiva, qualora il concorrente fosse aggiudicatario, lo stesso non potrebbe eseguirle direttamente né subappaltarle.

Viceversa, in caso di mancata indicazione dei lavori da subappaltare relativi ad una categoria a qualificazione non obbligatoria comporta solo l'impossibilità di ricorrere al subappalto, ma non l'esclusione dalla gara.

…Segue…

Bando-Tipo n. 2 del 2 settembre 2014 – Esame e commento

(10. Subappalto)

Viene, poi, ribadito che **non sussiste alcun obbligo per l'impresa concorrente in gara di indicare, in sede di offerta, i nominativi dei subappaltatori ai quali intende sub-affidare l'esecuzione di parte delle lavorazioni, ma solamente l'obbligo di indicare le quote che il concorrente intende subappaltare**, qualora non in possesso della qualificazione per la categoria scorporabile;

La precisazione dell'Autorità, del tutto condivisa dall'Ance, risulta particolarmente opportuna in ragione del fatto che la richiesta del nominativo del subappaltatore a pena di esclusione, molto diffusa soprattutto nel caso del c.d. "subappalto necessario", si traduce, di fatto, in una causa di esclusione ulteriore rispetto a quelle previste dal Codice dei contratti e che, come tale, dovrebbe essere considerata nulla.

…Segue…

13. Pagamento in favore dell'Autorità

Il disciplinare conferma che il pagamento del contributo all'Autorità, i cui importi o modalità di versamento sono indicati nella deliberazione dell'AVCP del 21 dicembre 2011, costituisce condizione di ammissibilità dell'offerta, e che, non solo il mancato versamento ma anche la mancata comprova del pagamento costituiscono causa di esclusione dalla procedura di gara.

…Segue…

…grazie per l'attenzione !!!…