

# Edilizia e Territorio

## Nuovo codice, guida e rating articolo per articolo: parte la sfida dell'attuazione

Dal massimo ribasso alla qualificazione, dai nuovi poteri dell'Anac al pagamento diretto: il focus (e la valutazione) di tutte le principali novità

26 aprile 2016 - Giuseppe Latour e Mauro Salerno



La mappa del nuovo Codice appalti, dopo quasi due anni di lavoro, si è composta. Con la pubblicazione del decreto legislativo n. 50 del 2016 è finalmente possibile analizzare una riforma assestata, che in qualche caso ha confermato principi già indicati in sede di legge delega e che, in qualche altro, ha introdotto delle novità inattese.

Un elemento su tutti è stato presente sin dalla prima bozza del Ddl delega e non è mai stato messo in discussione: la centralità dell'Anac. L'Anticorruzione, con il passare dei mesi, ha solo imbarcato nuove competenze. Tanto che alla fine il dubbio è che i suoi compiti siano diventati troppi. Altro caso di grande solidità è quello del rating di impresa: è stato aggiustato, limato, corretto decine di volte, ma nessuno ha mai dubitato dell'opportunità di introdurlo. All'estremo opposto, altre scelte sono arrivate all'ultimo secondo utile, dopo discussioni durate mesi: un sintomo evidente di problemi incredibilmente sensibili. Il caso più clamoroso è quello della trattativa privata, che è stata completamente ribaltata solo nel testo finale, riportando la soglia limite per le procedure negoziate fino al livello attuale, un milione di euro.

Qualche altra volta, invece, la sorpresa è arrivata da una mancata modifica: il ritocco della soglia per il massimo ribasso pareva certo, ma non è arrivato. L'offerta economicamente più vantaggiosa, allora, scatterà solo per i lavori sopra il milione di euro. Alle commissioni selezionate dall'Anac, poi, si farà ricorso per importi ancora più alti, sopra i 5,2 milioni. E non si può dimenticare che la riforma, per quanto assestata, è ancora un cantiere aperto. Gli oltre quaranta decreti attuativi previsti dal provvedimento lasciano aperti diversi capitoli dal peso specifico devastante. Un caso su tutti rende l'idea: il nuovo sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti.

Di seguito l'analisi e il rating di tutte le principali misure.

### **RUOLO CENTRALE ALL'ANAC (Articoli 211, 213, 214 e altri)**

Il nuovo codice attribuisce un ruolo centrale e decine di nuovi compiti all'Anticorruzione di Raffaele Cantone. Basta considerare che sarà proprio l'Anac a scrivere le norme di attuazione del nuovo testo unico, attraverso le linee guida (che potrebbero essere approvate in bozza e messe in consultazione pubblica già questa settimana) da approvare con un decreto delle Infrastrutture. L'Anac diventa così vera Authority di regolazione del settore. L'Anac dovrà anche assegnare i rating di impresa, qualificare le stazioni appaltanti, mettere in piedi l'albo dei commissari di gara, indirizzare il mercato su aspetti specifici (linee guida e bandi-tipo), sanzionare le concessionarie inadempienti sull'in house. Non solo. Ovviamente rimangono in piedi i vecchi poteri già riconosciuti all'Autorità come quello di vigilanza (con precontenzioso vincolante) e se ne aggiungono di altri. Come il potere di «raccomandazione» alle Pa che "scivolano" su atti illegittimi, con sanzione in caso di mancato adeguamento.

**Innovazione: alta - Efficacia: alta**

### **LINEE GUIDA AL POSTO DEL REGOLAMENTO (Articolo 214, comma 12)**

Addio al regolamento appalti. Gli oltre 350 articoli del Dpr 207/2010 verranno sostituiti da linee guida messe a punto dall'Anac. È il cardine principale della cosiddetta «soft law», cioè la scelta di sostituire il mastodontico apparato di regole di attuazione del codice con un sistema di regolazione più snello e semplice da maneggiare. La commissione istituita dall'Anac per mettere al punto le linee guida è andata già molto avanti con il lavoro. Tanto che una prima bozza del provvedimento potrebbe essere messa in consultazione pubblica tra gli operatori già questa settimana. Le linee guida dovranno essere adottate con il decreto del ministero delle Infrastrutture. Da sottolineare che il decreto andato in Gazzetta ha chiarito che il Mit «può adottare» le linee guida che dovranno comunque ottenere il parere delle commissioni parlamentari competenti per materia.

**Innovazione: alta - Efficacia: alta**

### **FASE TRANSITORIA: RIFORMA OPERATIVA DAL 19 APRILE (Articoli 216 e 220)**

La partenza delle direttive europee, fissata al 18 aprile, ha costretto il Governo a una scelta drastica: il Codice è entrato in vigore nel giorno stesso della sua pubblicazione, il 19 aprile. Di fatto, allora, la fase transitoria è stata ridotta all'osso e la riforma si applica a tutti i bandi pubblicati dal 20 aprile in poi. L'unico periodo di cuscinetto è stato previsto per il vecchio regolamento: fino all'adozione delle linee guida Anac resterà in vigore, per ampi stralci. Salterà un pezzo alla volta, via via che i diversi provvedimenti attuativi vengono approvati. Nella versione finale del decreto non è stato previsto un termine massimo di sopravvivenza per il Dpr n. 207/2010, che in qualche bozza era stato indicato. Il risultato di questo sistema, comunque, è che, almeno per le prime settimane, stazioni appaltanti e imprese saranno in grande difficoltà.

**Innovazione: bassa - Efficacia: bassa**

### **QUALIFICAZIONE: RESTA (PER ORA) IL SISTEMA SOA (Articolo 84)**

La prima notizia è che la qualificazione delle società di attestazione (Soa) resta in vita. Alla fine il Governo ha deciso di non smontare il sistema delle Soa per come è strutturato adesso. Bisogna ricordare, infatti, che nelle prime bozze del provvedimento Palazzo Chigi aveva ipotizzato di portare fino a un milione di euro il tetto al di sotto del quale la qualificazione viene fatta direttamente dalle stazioni appaltanti, gara per gara. Con la versione finale del Codice, invece, si parte dai 150mila euro, esattamente come avviene adesso. Non è la sola novità importante. Sopra i 20 milioni di euro, le stazioni appaltanti potranno chiedere una qualificazione rafforzata, integrando i requisiti base con elementi aggiuntivi a loro discrezione. La partita della qualificazione, comunque, non è chiusa: entro un anno un decreto del Mit, sentita l'Anac, potrà individuare nuove modalità di qualificazione.

**Innovazione: media - Efficacia: bassa**

### **COSTRUTTORI: VALE DI PIÙ IL CURRICULUM (Articolo 83, comma 10)**

La novità principale del sistema di qualificazione è l'esordio del rating di impresa: sarà affidato all'Anac, che avrà il compito di definire il sistema attraverso il quale valutare il curriculum degli operatori economici. L'idea è che, in fase di qualificazione, le stazioni appaltanti potranno giudicare anche l'affidabilità di chi fa le offerte. A definire i «requisiti reputazionali» e i criteri per valutarli, sarà sempre l'Anac con linee guida ad hoc da pubblicare entro tre mesi dall'entrata in vigore dal codice, dunque entro il 19 luglio. Il rating sarà attestato da «un'apposita certificazione» rilasciata sempre dall'Anticorruzione. Ai fini del rating rilasciato ai costruttori conterranno il «rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti», e «l'incidenza del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto». L'Anac entra a pieno titolo anche nel rating di legalità gestito dall'Antitrust che ora sarà gestito in collaborazione.

**Innovazione: media - Efficacia: alta**

### **QUALIFICAZIONE ANCHE PER LE PA (Articoli 37 e 38)**

Il sistema di qualificazione delle pubbliche amministrazioni è una delle novità più importanti del nuovo testo. Sarà modellato su quello degli operatori economici. Anche le stazioni appaltanti, come le imprese, dovranno infatti dimostrare di rispettare requisiti prefissati dall'Anac. Il meccanismo di qualificazione sarà organizzato sulla base della complessità dei contratti e per fasce di importi. L'Anticorruzione valuterà quattro requisiti di base: strutture organizzative, presenza di dipendenti con competenze specifiche, sistema di formazione ed aggiornamento, numero di gare svolte nel triennio. Questa norma fa il paio con il nuovo sistema di aggregazione delle Pa. Il codice fissa due soglie molto basse: 40mila euro per servizi e forniture e 150mila euro per i lavori. Sotto questo tetto ci si muove liberamente. Al di sopra, invece, scatta una tagliola: solo le amministrazioni in possesso della qualificazione potranno fare le gare.

**Innovazione: alta - Efficacia: alta**

### **GARE: CARTELLINO ROSSO ANCHE PER I CONFLITTI DI INTERESSE (Articolo 80)**

Il nuovo sistema delle cause di esclusione, andando incontro alle richieste delle direttive europee, punta ad ampliare il catalogo dei requisiti che le imprese devono rispettare per partecipare a una procedura di appalto o di concessione. Rispetto al vecchio Codice rilevano, soprattutto, una serie di aggiunte. Vengono, ad esempio, stoppati gli imprenditori che si sono macchiati di significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto. O che abbiano tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio. Tra le cause di esclusione, poi, compaiono anche il conflitto di interesse, quando ci sia un collegamento tra l'impresa e l'ufficio gare della stazione appaltante, e le ipotesi di distorsione della concorrenza.

**Innovazione: alta - Efficacia: media**

### **AGGIUDICAZIONI: RIDIMENSIONATO IL MASSIMO RIBASSO (Articolo 95, commi 3, 4 e 5)**

Ridimensionato ma non del tutto cancellato. Il criterio del prezzo più basso per aggiudicare le opere pubbliche rimane in piedi solo per gli interventi di importo inferiore al milione di euro. Nonostante le richieste avanzate dal Parlamento (con un parere che chiedeva di confinare il prezzo più basso sotto ai 150mila euro) il decreto andato in Gazzetta non contiene nessuna modifica rispetto alla versione varata in prima battuta dal governo. Massimo ribasso vietato anche per le gare di progettazione e per l'assegnazione di servizi sociali, di ristorazione scolastica e ospedaliera, oltre che per i servizi ad alta intensità di manodopera: cioè quelli con costo del personale superiore al 50% del contratto. Tenere conto soltanto del prezzo potrà essere possibile poi per i servizi e le forniture con «caratteristiche standardizzate» oppure «ad elevata ripetitività», se di importo inferiore alle soglie Ue.

**Innovazione: media - Efficacia: media**

### **GARE CON COMMISSARI ESTERNI, IMPATTO LIMITATO (Articoli 77 e 95)**

L'offerta economicamente più vantaggiosa diventa il criterio guida del nuovo Codice appalti. In alcuni casi, come per i servizi di progettazione, andrà utilizzata sempre (con la sola eccezione degli appalti sotto i 40mila euro). Per i lavori ci si potrà muovere solo entro la soglia di un milione di euro. Quanto ai servizi e alle forniture, invece, per accedere al prezzo più basso questi dovranno avere caratteristiche standardizzate o essere caratterizzati da elevata ripetitività, ma comunque senza mai sfondare la soglia comunitaria di 209mila euro. L'altra novità è l'ingresso sulla scena delle commissioni giudicatrici composte a sorteggio da esperti certificati dall'Anac. Queste, però, avranno un impatto molto più limitato rispetto alle attese: l'Anac dovrà indicarli solo al di sopra delle soglie comunitarie (5,2 milioni per i lavori).

**Innovazione: media - Efficacia: bassa**

### **OFFERTE ANOMALE, OK ALL'ESCLUSIONE AUTOMATICA (Articolo 97, comma 8)**

Era una delle richieste chiave delle imprese, per non rallentare le procedure di gara, in accoppiata all'aumento della soglia per il massimo ribasso. Se l'incremento del tetto non è stato concesso, è invece arrivato il reintegro dell'esclusione automatica delle offerte anomale. Per i lavori, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso al di sotto del milione di euro, la stazione appaltante «può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia». La possibilità resta aperta anche per servizi e forniture, entro la soglia comunitaria. Comunque, la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci. Sostanzialmente, allora, il sistema resta identico a quello attuale.

**Innovazione: bassa - Efficacia: media**

### **TRASPARENZA, RESTA LA ZONA GRIGIA DEI PICCOLI LAVORI (Articoli 36, comma 2 e 216, comma 9)**

Resta la zona grigia dei piccoli lavori. Il nuovo codice conferma la scelta compiuta nel 2011 di mantenere la soglia per la procedura negoziata basata su indagini di mercato a un milione, mantenendo la possibilità di assegnare sostanzialmente senza gara un'ampia quota del mercato dei lavori pubblici. Dunque anche con il Dl 50/2016 l'amministrazione non dovrà pubblicare alcun vero bando sull'intenzione di assegnare una commessa, ad eccezione di un avviso pubblicato sul proprio sito per un periodo minimo di 15 giorni con l'indicazione dei requisiti necessari a svolgere il compito. Dal Parlamento era invece arrivata la richiesta, accolta solo nella bozza di entrata in Consiglio dei ministri, di abbassare a 150 mila euro la soglia per la trattativa privata imponendo sempre le gare per interventi di taglia superiore.

Sotto i 40mila euro resta l'affidamento fiduciario. Tra 40mila e 150 mila euro procedura negoziata con 5 inviti.

**Innovazione: bassa - Efficacia: media**

### **SUBAPPALTO, TETTO AL 30% SU TUTTO L'IMPORTO DEL CONTRATTO (Articoli 105 e 80, comma 11)**

Dopo un lungo braccio di ferro il decreto legge 50/2016 cancella la liberalizzazione del subappalto, ipotizzata nella prima versione. Il tetto viene così fissato al 30% dell'importo complessivo del contratto: è lo stesso limite attuale, anche se oggi è riferito alla sola categoria prevalente. Con il nuovo codice il tetto viene invece esteso all'«importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture». Sopra la soglia comunitaria è obbligatoria l'indicazione di una terna di subappaltatori, per aumentare la trasparenza sui soggetti che materialmente eseguono i contratti. Con un decreto del ministero delle Infrastrutture devono poi essere definiti l'elenco delle opere tecnologiche per le quali non è ammesso l'avvalimento (e il subappalto) in caso superino il 10% dell'importo del contratto. Fino al decreto continuano a valere le norme fissate con l'articolo 12 del decreto 47/2014.

**Innovazione: media - Efficacia: media**

### **FRENO ALLE VARIANTI, INNOVAZIONI POCO EFFICACI (Articolo 106)**

**Se si guarda alle parole d'ordine pre-riforma sembra difficile affermare che l'ambizione di mettere un freno deciso alle varianti sia stato rispettato. Il Dlgs 50/2016 si occupa delle modifiche in corso d'opera all'articolo 106, in un passaggio articolatissimo e di non facile lettura. Rispetto alla versione contenuta nel vecchio codice si impongono un paio di novità. La prima: le varianti per errori progettuali non possono superare il 15% dell'importo del contratto (prima era il 20%) e soprattutto, in valori assoluti, il valore delle soglie europee. La seconda è che dal novero delle varianti sono state eliminate le bonifiche, che però entrano nelle ipotesi di trattativa privata senza bando. Ancora più rilevanti appaiono le scelte di liberalizzare il cosiddetto «quinto d'obbligo» e di regolamentare proroghe e rinnovi dei contratti, che così non sono più espressamente vietati.**

**Innovazione: bassa - Efficacia: bassa**

### **PMI, PAGAMENTO DIRETTO PER I SUBAPPALTATORI (Articolo 105, c. 3)**

Altra novità dall'impatto potenzialmente devastante. Anche se la realtà potrebbe essere molto differente dalla teoria. In base all'articolo 105 la stazione appaltante sarà obbligata a corrispondere «direttamente al subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizi ed al fornitore di beni o lavori», l'importo dovuto per le loro prestazioni in una serie di casi. L'appaltatore principale potrà, per la precisione, essere dribblato in tre circostanze: quando il subappaltatore o il cottimista è una microimpresa o una piccola impresa; in caso inadempimento da parte dell'appaltatore; su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente. Tutti e tre questi casi, per essere concretamente applicati, richiederanno probabilmente un'interpretazione dell'Anac che chiarisca il significato di queste definizioni così generiche.

**Innovazione: alta - Efficacia: media**

### **ANTICIPAZIONE PREZZI STABILIZZATA AL 20% (Articolo 35, comma 8)**

In questo caso, sono state decisive le commissioni parlamentari, che hanno chiesto la sua introduzione. Così, anche nel nuovo Codice torna l'anticipazione del prezzo a favore delle imprese, «pari al 20% da corrispondere all'appaltatore entro quindici giorni dall'effettivo inizio dei lavori». L'erogazione, però, viene subordinata alla costituzione di una garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa, di importo pari all'anticipazione, «maggiorato del tasso di interesse legale». Il beneficiario decade dall'anticipazione, con obbligo di restituzione, se l'esecuzione dei lavori non procede, per ritardi a lui imputabili. Si tratta di una previsione decisiva per sostenere le imprese con problemi di liquidità. Rispetto al passato, la grande novità è che questo istituto diventa strutturale. Con il sistema attuale, infatti, la norma sarebbe rimasta in vigore soltanto fino al prossimo 31 luglio.

**Innovazione: media - Efficacia: alta**

### **REQUISITI, (POCHI) PALETTI IN PIÙ PER L'AVVALIMENTO (Articolo 89)**

Cambia, anche se non moltissimo, la disciplina dell'avvalimento. Il codice ne parla all'articolo 89. Dove si precisano innanzitutto due aspetti che sono stati più volte portati anche all'attenzione della Corte di giustizia europea. Il primo chiarimento riguarda la possibilità per i concorrenti di avvalersi di più imprese (il cosiddetto «avvalimento plurimo»). Mentre viene vietato il cosiddetto «avvalimento a cascata», cioè la possibilità che l'impresa chiamata in aiuto possa a sua volta appoggiarsi a un'altra impresa per garantire il possesso dei requisiti. L'avvalimento viene anche vietato nel caso in cui l'appalto includa opere ad alta specializzazione di importo superiore al 10% del valore del contratto. Inoltre, le stazioni appaltanti possono richiedere nei bandi che «taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento».

**Innovazione: bassa - Efficacia: media**

### **PIÙ FACILE SANARE LE OFFERTE IRREGOLARI (Articolo 83, comma 9)**

Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio. In particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo obbligano il concorrente «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 5.000 euro». Quindi, il soccorso istruttorio sarà oneroso, ma con una sanzione diminuita di 10 volte rispetto al tetto precedente che era di 50mila euro. A pagarla dovranno essere peraltro solo le imprese che intendono rimanere in gara senza essere escluse dalla procedura. In caso di carenze dell'offerta non essenziali, si può regolarizzare senza pagare alcuna multa.

**Innovazione: media - Efficacia: media**

### **CONTENZIOSO, TEMPI STRETTI PER I RICORSI AL TAR (Articolo 204, comma 1, lettere b e d)**

Subito in vigore la stretta sul contenzioso. Per porre fine alla vocazione ai ricorsi sulle esclusioni dalle gare (che secondo le stime più accreditate occupano il 70% delle cause del settore) il nuovo codice fa cadere una tagliola sulla possibilità di chiamare in causa il Tar, una volta trascorsi 30 giorni dalla pubblicazione dell'elenco degli ammessi alle gare. Trascorso questo termine non c'è più possibilità di contestare la decisione della Pa su questo punto specifico. Per paradosso, dunque, potrebbe capiate anche di aggiudicare un appalto a un'impresa non in regola con i requisiti previsti dal bando, in assenza di una contestazione tempestiva. Nasce anche un nuovo rito per decidere rapidamente su questo tipo di obiezioni, prevedendo che su questi aspetti si decida in camera di consiglio «da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente».

**Innovazione: alta - Efficacia: alta**

### **TORNA IL VINCOLO DI PUBBLICITÀ ANCHE SUI GIORNALI (Articoli 73, comma 4 e 216, comma 11)**

Resta l'obbligo di pubblicazione degli avvisi sui giornali. Sarà un decreto del ministero delle infrastrutture, d'intesa con l'Anac, a definire le modalità di pubblicazione dei bandi di gara «al fine di garantire la certezza della data di pubblicazione e adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità». Oltre alle modalità di pubblicazione elettroniche, sul sito del committente e su un'apposita piattaforma digitale messa in piedi dall'Anac il codice chiarisce che bisogna fare riferimento anche alla «stampa quotidiana maggiormente diffusa nell'area interessata». Il decreto dovrà essere varato entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del codice. Fino al 31 dicembre 2016 comunque, continueranno ad avere valore le misure previste dall'articolo 66, comma 7, del Dlgs 163/2006 nella versione precedente alle modifiche previste dal Dl 66/2014 (articolo 26). Anche se per un evidente refuso il nuovo codice fa riferimento a un decreto legge 66/2016 mai pubblicato.

**Innovazione : alta - Efficacia: alta**

### **PARTECIPAZIONE, GRANDI OPERE CON DÉBAT PUBLIC (Articolo 22)**

Il dibattito pubblico alla francese entra nel nostro sistema e diventa obbligatorio per le grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale aventi impatto rilevante sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio. L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore che propone l'opera soggetta a dibattito pubblico indice e cura lo svolgimento della procedura, esclusivamente sulla base delle modalità individuate dal ministero delle Infrastrutture. Sarà, infatti, il Mit con un proprio decreto, da adottare entro un anno, a fissare i criteri per individuare le opere da sottoporre a consultazione, distinguendole per tipologia e soglia dimensionale, e a definire le modalità di svolgimento e il termine di conclusione della procedura. Quindi, almeno per il momento non ci sono indicazioni specifiche sulle regole di ingaggio del dibattito pubblico.

**Innovazione : alta - Efficacia: media**