Le principali novità in materia di appalti pubblici

Le procedure di gara

- Parlamento e Governo negli ultimi 3 anni sono intervenute con più di 80 norme riguardanti a vario titolo gli appalti pubblici, tra queste le più importanti di carattere non finanziario sono:

- DL «Sblocca cantieri» (n. 32/2019, L. conv. n. 55/2019)
- DL «Semplificazioni» (n. 76/2020, L. conv. n. 120/2020), l
- DL «Semplificazioni-bis» o DL «PNRR» (n. 77/2021, L. conv. n. 108/2021),
- Legge «Europea 2019-2020» 23 dicembre 2021, n. 238,

Procedure di gara da parte della SA, verifica dei requisiti, subappalto e pagamenti dell'OE

Sintesi disciplina appalti

2016	• Disciplina ordinaria	• **Codice dei Contratti** (d.lgs. 50/16) *Applicabile se procedure più idonee*
2019	• Norme straordinarie	• Art. 4, dec. **Sblocca cantieri** *Affidamento a commissari straordinari*
2019 - 2020	• Regime Transitorio	• Dec. **Sblocca cantieri** (l. conv. 55/19) e **Semplificazioni I-bis** (l.c. 120/20 e 108/21)
2021	• Norme PNRR	• PNRR: art. 48 e 50 DL 77/21 *Applicabile anche a PNC e Op Coofi. UE*
2022?		

Diagramma norme appalti

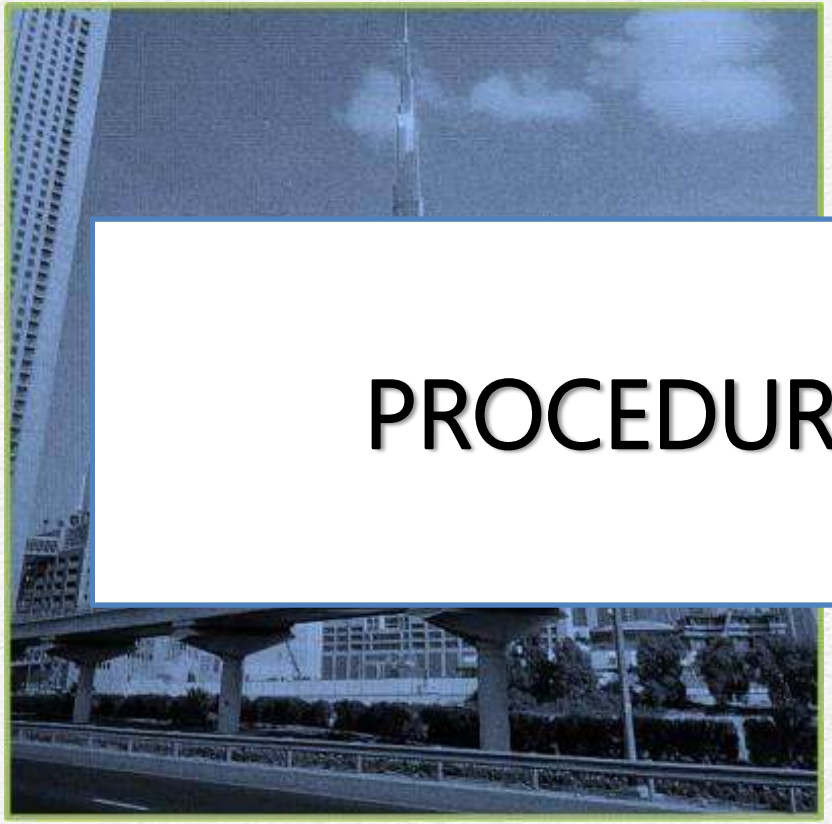
Legge delega sui contratti pubblici

- La **Commissione Lavori Pubblici del Senato (AS. 2330)** ha iniziato l'esame del disegno di legge delega in materia di contratti pubblici.

A cinque anni dalla pubblicazione il codice appalti e tutto l'impianto di norme secondarie, sarà riscritto si spera andando incontro all'esigenza:

- semplificare e rendere più chiare le norme,
- di renderlo maggiormente aderente alle disposizioni comunitarie.

Obiettivi fondamentali anche per gli investimenti finanziati con le risorse del PNRR e del Fondo complementare.



PROCEDURE DI GARA

Le procedure di affidamento

Il codice prevede molteplici tipi di gare

Come si suddividono le procedure?

Procedure competitive e affidamenti

Procedure competitive con più operatori economici (OE)

Prevista la fase competitiva tra più OE per selezionare l'offerta migliore

Affidamenti diretti con 1 o + (OE)

RUP *(senza fase competitiva)* motiva la scelta dell'OE

le principali **procedure di scelta del contraente nei settori ordinari** sono:

- **procedura aperta**,
- procedura ristretta,
- procedura competitiva con negoziazione *(ex negoziata con bando)*,
- **procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara**,
- dialogo competitivo,
- partenariato per l'innovazione.

Procedure ordinarie

- Di norma, le procedure di affidamento attuano gli atti di programmazione delle SA previsti dal codice.
- La scelta tra le varie procedure è tra:

Procedure Ordinarie sempre utilizzabili

Procedure aperte e ristrette

Altre procedure che da motivare sulla sussistenza dei presupposti previsti dalla legge

Tra queste: l'***affidamento diretto e*** la ***procedura negoziata senza bando***

- Prima dell'avvio di queste le SA (in conformità al proprio ordinamento) decretano o determinano di contrarre, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte.

Le procedure di affidamento

Affidamenti, negoziate e procedure aperte

Quali sono le loro caratteristiche?

Affidamento diretto

- Come sottolineato MIMS (parere n. 764/2020) l'affidamento diretto :
  - È attivabile **nei confronti di un unico OE nei casi previsti dal codice**
  - Non obbligano all'esperimento di indagini di mercato o all'uso di elenchi
  - Non prevedono la fissazione di una base d'asta
  - Non prevedono un criterio di aggiudicazione
  - Gli eventuali **preventivi** richiesti (*best practice* e non obbligo) **non sono messi in competizione, ma solo a confronto**
  - L'affidamento diretto, in quanto tale, avviene *sic et simpliciter* e non presuppone una particolare motivazione, ma solo dei presupposti.

*

Negoziata senza bando

- Non esiste una definizione nel codice tuttavia, può affermarsi che :

  - Necessita **adeguata motivazione**, nel primo atto della procedura, della sussistenza dei relativi presupposti
  - È attivabile solo **nei confronti di più operatori economici**
  - Prevede una preliminare **consultazione di mercato** o l'utilizzo di albi
  - Può prevede una **fase di negoziazione** (art. 63) che inizia con l'ammissione delle offerte e si chiude con l'individuazione del miglior offerente
  - Le offerte **sono messe in competizione partendo da un importo a base di gara**, per poi proseguire con l'aggiudicazione della migliore offerta

Procedura aperta

- Non esiste una definizione nel codice tuttavia, può affermarsi che :

- **Non** necessita **adeguata motivazione**, può **sempre essere utilizzata**, fatto salvo diverse valutazioni di opportunità della SA
- **Tutti possono partecipare** e, pertanto, non sia applica la rotazione
- Non prevede alcuna **consultazione di mercato** o l'utilizzo di albi
- L'**offerta è immutabile per tutta la fase di gara**

- Le offerte **sono messe in competizione partendo da un importo a base di gara**, per poi proseguire con l'aggiudicazione della migliore offerta

Affidamenti in base agli importi

SOGLIA UE

Dal 2022

- € 140 k servizi tecnici (€ 139 K)
- € 215 K € per servizi e forniture (€ 214 K)
- € **5,382** mln per lavori (€5,350 mln)

Appalti sotto soglia UE

Utilizzate le PNSB e AD

Le procedure ordinarie, aperte a tutti, sono una alternativa (art. 36)

Appalti dalla soglia UE

Utilizzate le Ordinarie

Le PNSB motivate ex art. 63 (es. urgenza) e l'AD per somma urgenza (art. 163)

MODIFICHE E SOSPENSIONI

Regime speciale

- In ragione dell'emergenza pandemica, il legislatore Italiano ha introdotto alcune **norme**, **anche a carattere transitorio**, che consentono di:
  - **riduzione del termini** di aggiudicazione o individuazione dell'offerta migliore e di esecuzione degli appalti

Contratti «sotto-soglia UE»

Contratti «sopra-soglia UE»

Contratti ex «PNRR», «PNC» e «Programmi cofinanziati»

- **Alcune** di queste norme **hanno carattere trasversale**.

16

Accertamento dei requisiti fiscali

- La legge europea 2020 ha previsto, con riferimento ai requisiti generali di partecipazione, che a partire dal 1° febbraio:
  - in relazione alle **violazioni non definitivamente accertate di tipo fiscale**:
    - di cui la SA essa sia a conoscenza e possa dimostrare che le stesse costituiscono una "**grave violazione**";
    - con un limite **minimo fissato a 35.000 euro** (è stato eliminato il riferimento normativo alla soglia dei 5.000 euro).
  - il MEF, con successivo provvedimento, **determinerà una nuova soglia di esclusione commisurata** al valore dell'appalto nonché **recante limiti e condizioni per l'operatività** della causa di esclusione.

Inversione procedimentale

- Fino al **30 giugno 2023**, anche ai settori ordinari, si applica l'art. 133 cod., che consente nelle **procedure aperte**, se prevista nel bando di gara o nell'avviso con cui si indice la gara, consente alle SA di:

1. **esaminare dapprima tutte le offerte economiche** (nell'OEPV si esaminano le offerte tecniche e poi quelle economiche);
2. **effettuare il calcolo della soglia di anomalia**;
3. **esaminare la documentazione amministrativa** solo nei confronti dell'**aggiudicatario** oppure, oltre a lui, anche di eventuali altri concorrenti secondo quanto definito sulla *lex specialis* di gara.

Non limita la concorrenza (seppur applicando il principi di rotazione e di diversa dislocazione territoriale) e **snellisce le verifiche della SA**.

Liberatoria Antimafia

- Ai fin antimafia, il semplificazioni-bis *(art. 3)* prevede fino al 30 giugno 2023:

- il rilascio della informativa liberatoria provvisoria, previa consultazione della **Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia**, anche per soggetti non censiti, a condizione che non emergano provvedimenti o situazioni ostative.

- **oppure tramite l'immediata acquisizione** degli esiti delle interrogazioni, **anche** demandate al gruppo interforze tramite il "Sistema di indagine" gestito dal Centro elaborazione dati del Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno, di tutte le ulteriori banche dati disponibili. (v. L. conv.)

Contraddittorio e prevenzione

- Il **DL 6 novembre 2021, n. 152** (convertito con modificazioni in Legge 233/2021 **attuativo del PNRR**) ha introdotto alcune modifiche alla disciplina delle interdittive antimafia, le cui principali riguardano l'introduzione :
  - del **contraddittorio nel percorso verso il rilascio dell'interdittiva**, qualora si ritengano sussistenti i presupposti per l'adozione dell'informazione antimafia interdittiva ovvero per procedere all'applicazione della nuova prevenzione collaborativa e **non ricorrano particolari esigenze di celerità** del procedimento.
  - dell'**istituto della prevenzione collaborativa** in caso di agevolazione occasionale, in cui la prefettura monitora l'azienda da 6 mesi ad 1 anno, prendendo poi una decisione definitiva in merito alle sorti aziendali.

Altri snellimenti procedurali *(art. 8)*

- Fino al 31 giugno 2023 per tutte le gare, incluse quelle in corso alla data di entrata in vigore del semplificazioni:
  - è sempre autorizzata consegna in via d'urgenza;
  - vi può essere l'obbligo di sopralluogo se **strettamente indispensabile** in ragione della tipologia, del contenuto o della complessità dell'appalto da affidare;
  - si applica la **riduzione dei termini nelle procedure** per ragioni di urgenza, senza necessità di motivazione alcuna;
  - le procedure di affidamento possono essere avviate anche in mancanza di una specifica previsione nei documenti di programmazione già adottati, a condizione che vengano aggiornati entro 30 giorni.

Contratti di lavori di manutenzione

- possibilità per gli anni dal 2019 al 2023 di affidare:
  - i **contratti di lavori di** manutenzione ordinaria e straordinaria (con **esclusione degli interventi** di manutenzione straordinaria con **rinnovo o la sostituzione di parti strutturali** delle opere **o di impianti**) sulla base del progetto definitivo «alleggerito», costituito da:
    - relazione generale,
    - elenco dei prezzi unitari delle lavorazioni previste,
    - computo metrico-estimativo,
    - PSC con l'individuazione dei costi non assoggetti a ribasso.

L'**esecuzione** dei predetti lavori **può prescindere** dall'avvenuta redazione e **approvazione del progetto esecutivo**.

Ulteriori cambiamenti

- Il decreto semplificazioni-bis (art. 52) ha altresì esteso la **sospensione generale del divieto di appalto integrato fino al 31 dicembre 2023.**

*Per le procedure a valle di PNRR, PNC o fondi UE, in deroga a quanto previsto dall'art. 59 del codice, è previsto l'appalto integrato ossia il ricorso all'appalto congiunto di **progettazione ed esecuzione** dei lavori, ponendo a base di gara anche il **progetto di fattibilità tecnica ed economica** (il cd. appalto integrato complesso).*

- E' possibile innalzare l'importo dell'anticipazione **del prezzo** contrattuale fino al 30% (decreto c.d. "Rilancio", n. 34/2020).

Si applica anche alle procedure a valle delle del PNRR, PNC o fondi UE

La sospensioni dei lavori *(art. 5)*

- Fino al 30 giugno 2023 **la sospensione**, volontaria o coattiva, dell'esecuzione di lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie UE, può avvenire **solo per le seguenti ragioni**:

1. cause previste da **legge penale**, **codice antimafia**, vincoli inderogabili derivanti dall'**appartenenza all'UE**;
2. gravi ragioni di **ordine pubblico o salute**;
3. gravi ragioni di **ordine tecnico** se non vi è accordo tra le parti;
4. gravi ragioni di **pubblico interesse**.

La **disciplina speciale** introdotta dal semplificazioni configura una deroga sostanziale alla disciplina ordinaria, di stretta interpretazione e, come tale, **non può trovare applicazione al di fuori delle ipotesi specificamente indicate** (Parere MIMS n. 901 / 2021).

Tempi di pagamento

Si parla spesso di ritardi nei pagamenti

E' vero che la legge europea ha introdotto novità?

Pagamenti SAL 1/2

- All'articolo 113-bis della Legge europea 2020, viene aggiunta una nuova previsione relativa al **Direttore dei lavori** in caso di avanzamento dei lavori:
  - deve **accertare le condizioni contrattuali** per il SAL, anche a seguito della comunicazione da parte dell'esecutore alla SA;

    Nell'ipotesi di contestazioni, il DL, dopo accertamento in contraddittorio con l'esecutore, procede in caso:

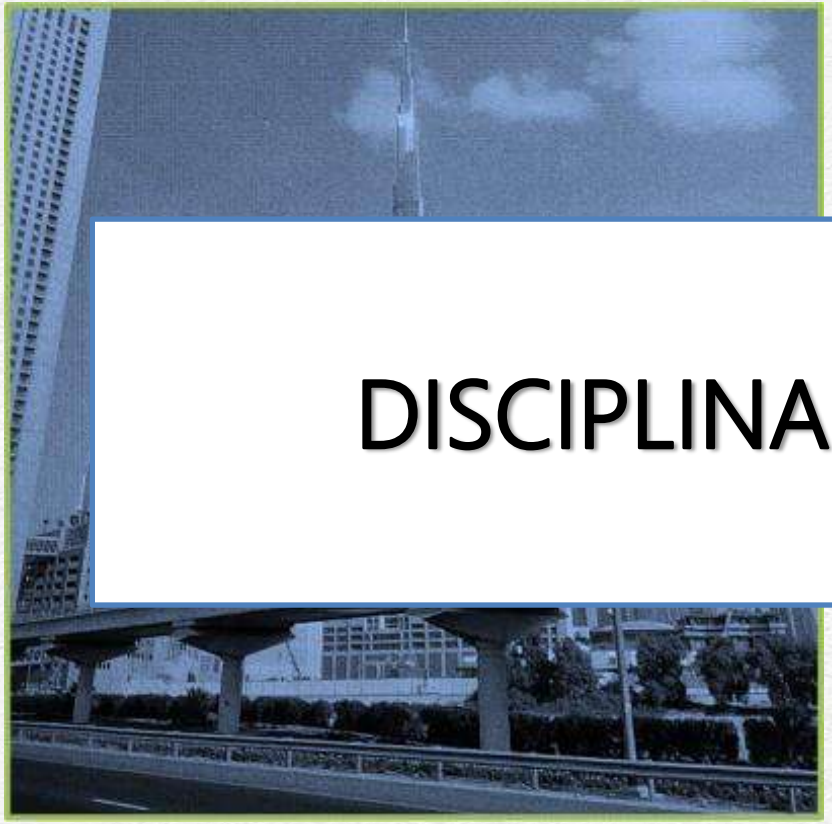
    1. negativo, all'archiviazione della comunicazione;
    2. positivo, all'adozione del SAL.
  - trasmettere la comunicazione sull'**adozione del SAL al RUP**, che:
    1. verifica della regolarità contributiva dell'esecutore e dei subappaltatori;

SEGUE….

Pagamenti SAL 2/2

2. emette il **certificato di pagamento** (da annotare nel registro di contabilità) contestualmente all'adozione dello SAL e comunque, **non oltre 7gg dalla data della sua adozione**,
3. trasmette il certificato **alla SA** per il pagamento, la quale:
   - **procede** al **pagamento** entro **30 gg** dall'adozione del SAL,
     a) ***salvo*** *che sia espressamente concordato* ***nel contratto un diverso termine****, comunque* ***non superiore a 60 gg*** (sempre dal SAL) *e*
     b) ***purché*** *ciò sia oggettivamente* ***giustificato dalla natura*** *particolare del contratto o da talune sue caratteristiche.*

– L'**esecutore** emette la **fattura, non subordinata al rilascio del certificato di pagamento** da parte del RUP.



DISCIPLINA SPECIFICA

Semplificazione e accelerazione

- **In deroga alle disposizioni del Codice,** il «semplificazioni-bis» (art. 51), proroga al 30 giugno 2023 le **procedure semplificate ex** dl «semplificazioni» «**sotto soglia**» che prevedono:
  1. la riduzione del termine massimo di aggiudicazione o individuazione definitiva del contraente ;

Affidamento diretto	Max 2 mesi
Procedura negoziata s.b.	Max 4 mesi

Con il **mancato rispetto dei termini** di stipulazione o di avvio dell'esecuzione comportano il **RUP è soggetto alla responsabilità erariale**, l'OE alla risoluzione del contratto per inadempimento.

Conferma esclusione automatica

2. la riduzione da 4 a 2 del numero delle procedure d'affidamento (deroga agli artt. 36 e 157 del codice), **con esclusione automatica delle offerta anomale** nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso

Almeno 5 OE

Due metodi in base al n. degli OE ammessi (da e fino a 15)

Applicazione formule matematiche ex art. 97 *(con taglio ali)*

Esclusione automatica dalla gara delle offerte con una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia così individuata

Individuazione miglior offerente

Limiti alle garanzie provvisorie

3. l'esenzione dalle garanzie provvisorie (art. 93), comunque dimezzate laddove la ricorrano particolari esigenze che ne giustifichino la richiesta.

la "**Provvisoria**"

- **viene presentata** con l'offerta;
- **copre** la mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario offerente, anche per mancanza dei requisiti (es. SOA scaduta).

Onere concorrenti

la "**definitiva**"

- **viene presentata** all'atto dell'aggiudicazione
- **copre** il mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi e oneri previsti dal contratto di appalto.

Onere aggiudicatario

Appalti sotto soglia

- Sotto soglia Ue, **fatta salva** la possibilità di ricorrere a **procedure aperte** (v. **ANAC par. 3.08.2020**), le SA applicano le seguenti procedure qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 30 giugno 2023 e l'importo sia per:

- per servizi (anche tecnici) e forniture inferiori a € 139.000
- per lavori inferiori a € 150.000

Affidamento diretto*

- servizi (anche tecnici) e forniture da € 139.000 a soglia UE
- lavori da € 150.000 a soglia UE

Procedura negoziata senza bando

Applicabile anche nelle* ***aree del cd. «cratere».*

Differenze tra affidamenti sotto soglia

Affidamento diretto

- anche non consultando più OE,
- rispetto dei principi di cui all'articolo 30 del codice,
- in possesso di esperienze analoghe a quelle affidate,
- anche utilizzo elenchi o albi
- rispetto del principio di rotazione.

Procedura negoziata senza bando

- n. minimo invitati (lv 5 o 10),
- rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate,
- individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici

L'utilizzo della procedura negoziata

- La procedura negoziata prevede l'invito di:

≥ 5 OE,
- per **servizi/forniture* ≥ € 139K** e fino alle soglie UE
- per **lavori > € 150K e < € 1 mln**,

≥ 10 OE
- per **lavori ≥ € 1 mln**, e fino alle soglie UE (€5,382 mln).

- Per le negoziate a valle di PNRR, PNC o fondi UE l'**invito è a 5 OE** **(art. 63 del codice)** se vi è **urgenza per circostanze imprevedibili** e non possono rispettarsi i termini delle procedure ordinarie, salvo compromissione : **a)** degli obiettivi o i tempi di attuazione del PNRR, del PNC; **b)** dei programmi cofinanziati dai fondi UE

Affidante delle negoziate

- Nelle procedure negoziate il legislatore si preoccupa di ricordare il rispetto di alcune norme e principi generali, riconducibili a quelli della concorrenza e della parità di accesso al mercato ossia

Principio di rotazione
- Elenchi o Albi
- Dislocazione territoriale

Trasparenza

Qualificazione

Principi pro concorrenziali

Principio di rotazione

Si applica sull'invito alle procedure nel **medesimo settore o categorie** di opere di quelle precedenti, laddove la SA limita il numero di OE selezionati (v. anche ll.gg. ANAC n. 4).

Evitare arbitrari frazionamenti; strumentali per il calcolo del **valore stimato dell'appalto**; **alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti** agli stessi OE.

Adeguata **motivazione per l'affidamento o il reinvito dell'OE** non affidatario, per il contraente uscente *(ipotesi a carattere eccezionale)*.

Indagini mercato ed Elenchi ….

Individuazione OE o invitati

Elenchi o albi

Le SA possono ***individuare gli OE*** *da invitare o per la presentazione del preventivo/offerta o attraverso indagini di mercato o con* ***elenchi*** *appositamente costituiti,* **previo avviso pubblico**, indicante "*la* ***modalità di selezione*** *degli OE da invitare, le eventuali* ***categorie e fasce di importo*** *in cui la SA intende suddividere l'elenco e gli eventuali* ***requisiti minimi richiesti*** *per l'iscrizione, parametrati in ragione di ciascuna categoria o fascia di importo*" (**LL.GG.**, ANAC n. 4).

Dislocazione territoriale ….

Distribuzione degli inviti

Dislocazione territoriale

L'art. 1, c.2, lett. b), del DL 77/2020, ossia nel caso di **procedure negoziate,** definisce le modalità di selezione dei soggetti da invitare alle procedure negoziate sulla base dei criteri già individuati dalle Linee guida Anac n. 4, introducendo un elemento nuovo, consistente nella "diversa dislocazione territoriale" delle imprese invitate.

viene previsto il ***criterio della «diversa dislocazione territoriale delle imprese»***, introdotto dal DL «semplificazioni», che non deve essere inteso come il via libera all'introduzione di una riserva di appalti per le aziende che gravitano nel territorio di riferimento della SA (**quesito** n. 790 /2020 del **MIT**).

Qualificazione OE

Qualificazione nei lavori*

Sono necessari per l'OE **i requisiti di carattere generale ex** art. 80 del codice **nonché dei requisiti minimi di "qualificazione" (speciali)** per eseguire l'appalto ossia nei lavori:

- idonea **attestazione SOA;**
- oppure, **sotto € 150K, anche tramite l'utilizzo di lavori analoghi** (secondo un giudizio di coerenza tecnica ex delib. ANAC 681/19) e degli altri requisiti previsti dagli artt. 90 del DPR 207/2010 e 12 del DM 154/2017 (lavori su beni culturali).

** Negli affidamenti diretti si specifica l'esigenza di **«esperienze analoghe»** a quelle oggetto di affidamento, ciò in mancanza di SOA*

Oneri di pubblicazione

Trasparenza

Prima

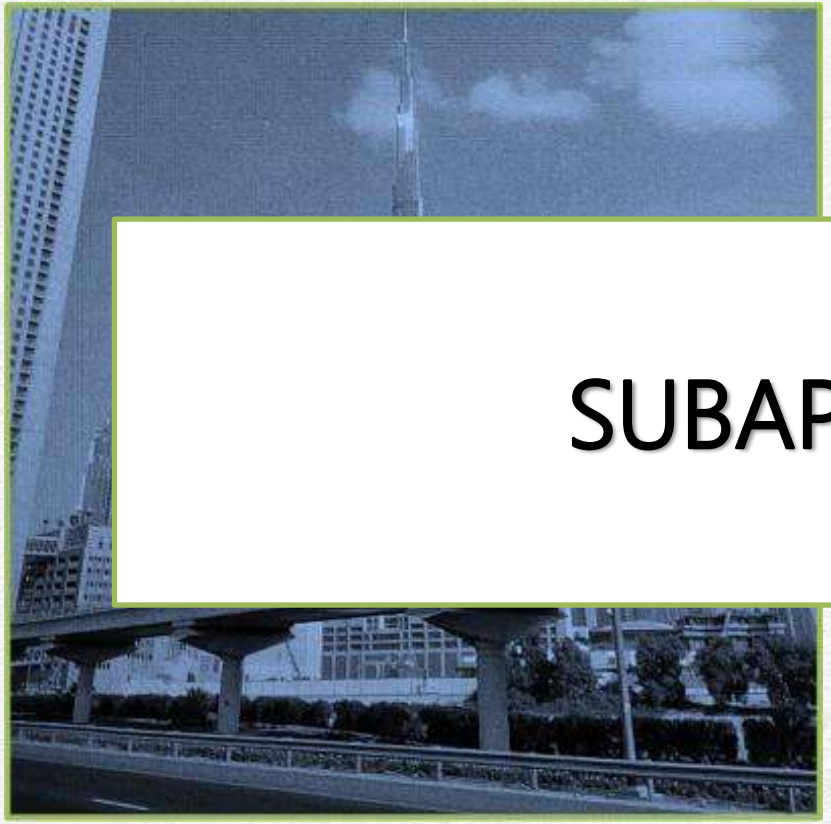
Le SA danno evidenza dell'avvio delle negoziate (non degli affidamenti diretti) tramite **pubblicazione di un avviso** nei rispettivi siti internet istituzionali

Dopo

L'**avviso sui risultati della procedura** di affidamento, la cui pubblicazione nel caso di affidamenti diretti, non è obbligatoria per affidamenti inferiori ad euro 40.000, contiene anche l'indicazione dei soggetti invitati.

Proroghe sopra soglia *(art. 2)*

- La proroga al 30 giugno 2023 prevista all'art. 51 del «semplificazioni-bis» delle procedure speciali previste dal dl 76/2020 (L. 120/2020) si applica **anche ai contratti sopra soglia UE** ex art. 2 del «semplificazioni», **da cui discende:**
  - la **fissazione di un termine massimo pari a 6 sei mesi** dall'atto di avvio del procedimento dei termini **per concludere le procedure di scelta del contraente** (salvo provvedimenti aut. giudiziaria);
  - la **riduzione dei termini** previsti dal codice per le procedure;
  - la **deroga** agli art. 63 e 125 del codice, sui presupposti della **procedura negoziata**, che può essere utilizzata per ragioni di estrema urgenza derivanti:
    - dagli **effetti negativi** della crisi causata dalla **pandemia** o
    - dal periodo di sospensione delle attività, qualora i termini, anche abbreviati, delle procedure ordinarie non possano essere rispettati



SUBAPPALTO

Il subappalto

- Il subappalto di lavori è il contratto con cui una parte (**subappaltatore**) **assume**, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione **a proprio rischio**, **l'obbligazione di compiere in favore di** un'altra (appaltatore) **un'opera o parte di essa**, che quest'ultima si è impegnata ad eseguire nei confronti di un committente pubblico (committente o stazione appaltante).

Codice dei contratti (d.lgs. 50/2016)

Art. 105

Disciplina gli i subappalti stipulati nel corso di esecuzione di «contratti» o «contratti pubblici», aventi per oggetto l'acquisizione di servizi o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle SA

Subappalto e qualificazione

Nuova disciplina del subappalto

Perché è cambiata?

Divieto cessione del contratto *(c. 1)*

- Il semplificazioni-bis conferma che il contratto non può essere ceduto a pena di nullità fatta salva la possibilità della SA di **sostituire il contraente**, qualora si verifichi una delle **seguenti circostanze** ex art. 106 (c. 1, lett. d):
  - sia stata prevista una clausola di revisione nei documenti di gara;
  - all'aggiudicatario iniziale ne succede un secondo, per causa di morte o a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, laddove questi:
    - soddisfi criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente **stabilita inizialmente**,

La SOA non può essere calcolata sui lavori restanti!

Segue …

Modifiche sostanziali al contratto *(c. 1)*

- **purché non vi siano modifiche sostanziali al contratto** e eluda l'applicazione del codice;

Sono modifiche sostanziali se: ***a)*** introducono condizioni che avrebbero alterato la partecipazione e l'esito della procedura di gara; ***b)*** alterano l'equilibrio economico dell'appalto a favore dell'aggiudicatario, senza che ciò sia previsto nel contratto iniziale; ***c)*** estendono notevolmente l'ambito di applicazione del contratto; ***d)*** cambia l'appaltatore in casi diversi da quelli di cui sopra (106, c.4)

– nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori.

Affidamento a terzi *(c. 1)*

- Il semplificazioni-bis aggiunge che non può neppure essere affidata a terzi:
  - l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, nonché
  - la prevalente esecuzione
    - *«delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti»*
      - Viene esclusa la possibilità di subappalto superiore al 50% per tutte le categorie che non sono secondarie o prevalenti.
      - Negli appalti con unica categoria od oggetto non è subappaltabile più della metà del contratto (?).
    - *e «dei contratti ad alta intensità di manodopera». (* tutti i contratti in cui il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto ai sensi dell'articolo 50 del D.lgs. 50/2016)

Prevalente e scorporabile

- Il subappalto può incidere sulla categoria prevalente o su quella scorporabile

«lavori di categoria prevalente»

La categoria di lavori, generale o specializzata, di importo più elevato fra le categorie costituenti l'intervento e indicate nei documenti di gara *(art. 3, lett. «oo-bis» del codice)*

«lavori di categoria scorporabile»

La categoria di lavori, individuata dalla stazione appaltante nei documenti di gara, tra quelli non appartenenti alla categoria prevalente e comunque di **importo superiore al 10%** dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, ovvero di importo **superiore a € 150.000** ovvero appartenenti alle cat. SIOS (o superspecialistica) *(art. 3, lett. «oo-ter» del codice)*

Limiti quantitativi *(c. 2)*

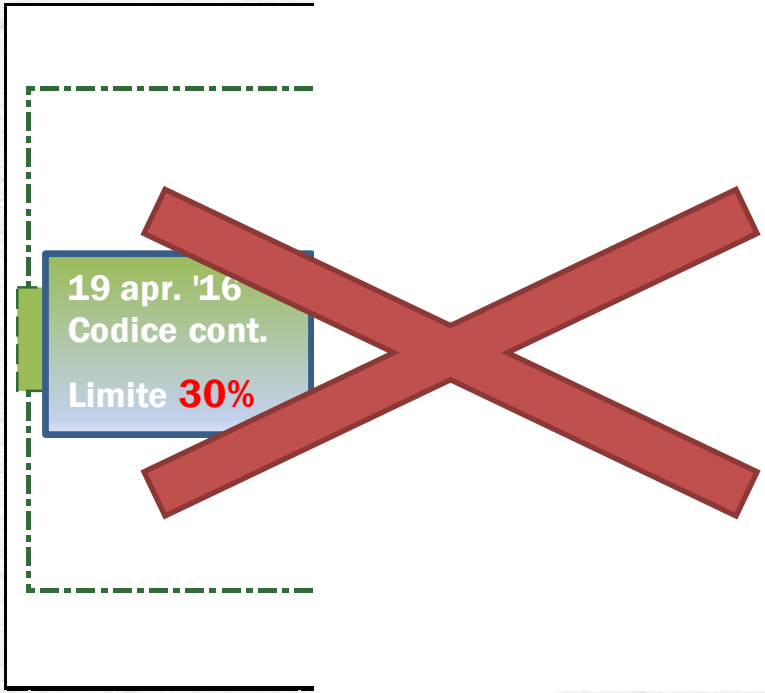
- Il **limite generalizzato* alla subappaltabilità** delle prestazioni oggetto del contratto, **introdotto in Italia nel 1990** al fine di prevenire le infiltrazioni della criminalità organizzata negli appalti, viene superato in due distinti *step* :

~~dal 1° giugno 2021 e fino al 31 ottobre 2021 la quota massima subappaltabile può essere elevata sino al 50%, in deroga all'art. 105, commi 2 (contenente i limiti generali) e 5 (riferito alle SIOS), del codice~~

dal 1° novembre 2021, le stazioni appaltanti, **previa adeguata motivazione** possono stabilire gara per gara un limite massimo al subappalto.

**Pari al 30% nel codice e 40% nel cd. decreto "sblocca cantieri".*

Tabella limiti al subappalto (c. 2)



Subappalto e limitazione

Nuova disciplina del subappalto

E' possibile limitare ulteriormente il subappalto?

Fissazione del tetto massimo *(c. 2)*

- La **fissazione di un tetto** massimo al subappalto (v. art. 30) deve essere motivato nella determina a contrarre, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, e riportato nei documenti di gara, indicando **le prestazioni o lavorazioni da eseguire** a cura dell'aggiudicatario in ragione:
  - delle specifiche caratteristiche dell'appalto (v. SIOS);
  - dell'esigenza, tenuto conto della **natura o della complessità delle prestazioni** o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro (v. tutela di condizioni di lavoro, salute e sicurezza dei lavoratori);
  - ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali, **a meno che** i subappaltatori siano **iscritti nelle "white list"** (v. DL 23/2020) ovvero **nell'anagrafe antimafia** degli esecutori istituita **per il SISMA 2016**.

Il MIMS sui limiti al subappalto *(c. 2)*

- Sulla possibilità di limitare il subappalto, il Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili (MIMS), (quesito n. 998 del 13.08. 2021) ha chiarito che:
  - «*prima di affidare un appalto occorre* ***necessariamente individuare*** *la/le … le categorie per i lavori, indicando … le lavorazioni da eseguire direttamente a cura dell'aggiudicatario*»;
  - è **escluso l'integrale l'affidamento** a terzi dell'appalto o la prevalente esecuzione delle «prevalenti»

Non può escludersi *a priori* che la SA possa **vietare il subappalto**, prevedendolo espressamente nei documenti di gara e **adeguatamente motivandolo**.

?

Divieto subappalto? *(c. 2)*

Elementi ostativi al divieto assoluto di subappalto:

- **Neanche per le SIOS si prevedeva un divieto** (resta il divieto avvalimento)
- **Previsto in modo esplicito solo per i servizi tecnici** *(art. 31, c. 8 del Codice)*
- **Le limitazioni motivate sulle caratteristiche dell'appalto hanno carattere eccezionale** *(ANAC comunicato 15 ottobre 2021)*
- **Nessun limite, obiettivo favorire le PMI** (art. 71 dir. 14/24/UE e ANAC del. n. 694 del 20 ottobre 2021)
- «... *che* **taluni compiti essenziali** *siano direttamente svolti dall'offerente»* (art. 63 dir. 14/24/UE, avvalimento)

Limiti alle SIOS (c. 5)

- Il **decreto *semplificazioni-bis*** per le SIOS* prevede:
  - dal 1° giugno 2021:
    - **il ricorso al subappalto fino al 50% dell'importo** complessivo delle categorie previste nel contratto (secondo l'ANAC non sommabile al 50% generale);
  - dal 1° novembre 2021, **la possibilità di subappaltarle interamente**.

**Le categorie super-specialistiche (non soggette ad avvalimento) che elencate nel DM 248/2016 devono eccedere il 10% dell'importo posto a base di appalto e per le quali il codice, fino al 31 maggio 2021, prevedeva ancora il limite del 30%, perché i decreti precedenti non avevano previsto disposizioni specifiche sulle SIOS in materia di subappalto (il 40% aveva carattere generale).*

La posizione dell'ANAC SIOS

- Per l'Autorità **le sentenze della Corte di giustizia** «***non determinano la disapplicazione del limite percentuale del 30%*** *per le opere superspecialistiche, non risultando in esse alcun riferimento alle opere stesse, né tantomeno alla loro natura e al regime normativo speciale che le contraddistingue*». Tale limite, «trova tuttavia applicazione **solo qualora le categorie superspecialistiche siano di importo superiore al 10%** dell'intero appalto» (delibera n. 771 del 24 novembre 2021).

- Secondo l'ANAC, fino al 31 ottobre '21 la quota unica subappaltabile è del **50%** **calcolato con riferimento al valore complessivo del contratto**, **corrispondente alla massima** complessiva raggiungibile (deilb. del Consiglio ANAC del 6 ottobre, pubblicata il **15 ottobre 2021)**

Sintesi limiti al subappalto

- Es. limiti subappalto in **presenza di SIOS**:

OG1 Categoria prevalente **Subappaltabile al 50%***

OG11 Scorpora-bile (SIOS) Subap.le al **100%**

OS1 Scorpo-rabile Subap.le al **100%**

Salvo, **ulteriori limiti adeguatamente motivati** dalla SA

** Divieto subappalto della prevalente esecuzione delle prevalenti.*

Subappalto non è mai libero!

Subappalto e qualificazione

Nuova disciplina del subappalto

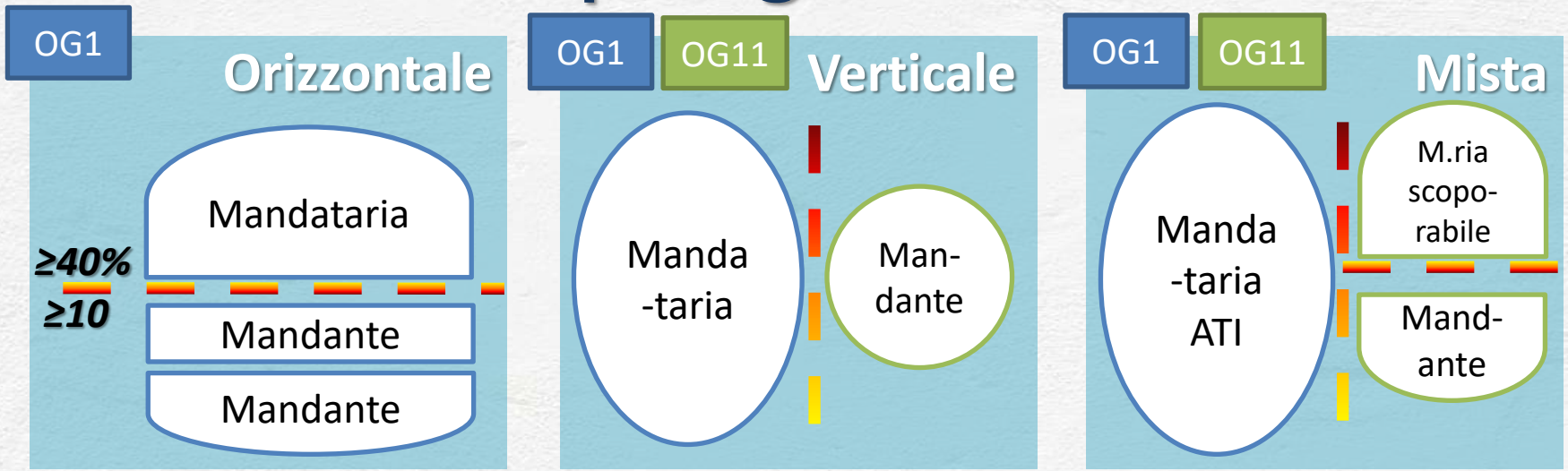
Come incide sulla qualificazione?

OPZIONI di qualificazione

- L'impresa può partecipare alla gara se:
  1. è qualificata in tutte le categorie e per gli importi previsti dal bando, incluso l'eventuale incremento del cd. «quinto» delle classifiche d'Improto previste nell'attestato SOA;

     Nel caso di importo eccedente nella categoria prevalente questo può essere utilizzato per coprire l'importo richiesto nelle categorie scorporabili (v. subappalto necessario)
  2. si avvale della qualificazione di una o più imprese con i requisiti di cui al punto 1;
  3. sommando la SOA posseduta con quella di altre imprese in raggruppamento (ATI) o consorziate o appartenenti alla stessa rete d'imprese (nel caso di consorzio stabile è quest'ultimo che partecipa), fino a raggiungere requisiti di cui al punto 1.

Tipologie di ATI



Limite Responsabilità mandante (ATI verticale)

Responsabilità soldale mandataria (e mandante ATI orizzontale)

1. ***Importo dei lavori (in categoria) e non base d'asta; 2. quota maggioritaria non riferita alla qualificazione; 3. divieto contemporanea partecipazione;***

S. A.

4. *Qualità e* ***cauzione provvisoria****;* ***5.*** *presentazione dell'offerta come* ***termine preclusivo per modificare*** *una A.T.I..*

SIOS e obbligo di ATI (c. 5)

- Il semplificazioni bis sembra così superare il cd. obbligo di ATI verticale, previsto per le categorie SIOS

Le imprese non specificatamente qualificate nella SIOS prevista nel bando di gara:

- continuano a non poter ricorre all'avvalimento;
- possono costituire un'ATI Con presa qualificata nella SIOS;
- potranno ricorrere al cd subappalto «necessario», indicando che subappalteranno la SIOS a soggetto qualificato, laddove l'eccedenza della qualificazione nella prevalente posseduta copra anche l'importo della SIOS.

Fatto salvo, in quest'ultimo caso, che la SA non decida di motivare adeguatamente una limitazione al loro subappalto in ragione delle peculiarità e caratteristiche dell'appalto.

Subappalto e qualificazione

Nuova disciplina del subappalto

Quali le altre novità?

Indicazione terna subappaltatori (c. 6)

Il Codice dei contratti ha previsto l'esclusione **del concorrente** per carenza di requisiti del **subappaltatore appartenente alla terna indicata in sede di offerta.**

La Corte di Giustizia europea ha ritenuto che tali diposizioni **ostano ad una automaticità escludente** gli **artt. 57 e 71 della direttiva** 2014/24/UE nonché il principio di proporzionalità.

Con i decreti "sblocca cantieri" (prima) e "semplificazioni-bis" (poi), è sospeso **fino al 31 dicembre 2023 l'obbligo dichiarativo della terna** e l'obbligo di verifica dei requisiti in sede di gara del subappaltatore.

La definitiva **abrogazione** della terna è arrivata con la legge europea 2019-2020.

Dichiarazione del subappaltatore *(c. 7)*

- **Disciplinata in modo più puntuale** (v. L. conv.) la documentazione a corredo della domanda di autorizzazione, è mantenuto l'obbligo depositarla **assieme al contratto di subappalto,** almeno 20 giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni.

La SA, verificate le dichiarazioni del subappaltatore tramite la **Banca dati nazionale dei contratti pubblici*** (nuovo art. 81 del codice), rilascia l'autorizzazione **entro 30 giorni**.

* Il codice fa riferimento a funzionalità del BDNCP (prima devolute formalmente al BDNOE del MIT) ma non ancora attive, se non nei limiti di quanto svolto dall'attuale sistema AVCpass.

Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici

- Anche per la verifica delle dichiarazioni del subappaltatore sono previste in prospettiva novità ex art. 53 del «semplificazioni–bis», concernenti:

la **Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici**, presso l'ANAC, che sostituendosi alla Banca dati gestita dal MIMS, che:

- diviene **unico mezzo di acquisizione dei documenti comprovanti il possesso dei requisiti** dell'OE;
- raccoglie tutti **i dati degli affidamenti pubblici.**

il **fascicolo virtuale dell'operatore economico**, da utilizzare gara per gara, nel quale sono presenti:

- i dati individuati dall'ANAC, per la **verifica di cui all'art. 80** del codice;
- l'**attestazione SOA** per gli esecutori di lavori pubblici, nonché' i dati e documenti relativi ai criteri di selezione, di cui all'art. 83 del Codice, che l'OE carica.

Dichiarazione del subappaltatore *(c. 7)*

- L'**affidatario non deve più certificare** direttamente **l'assenza di motivi di esclusione** da parte del subappaltatore, ma al deposito del contratto di subappalto, presso la SA, trasmette la **dichiarazione del subappaltatore** :
  - attestante l'**assenza dei motivi di esclusione** (di cui all'art. 80)
  - **possesso dei requisiti speciali** (di cui agli artt. 83 e 84)

I **requisiti speciali** (artt. 83, 84), alla base dei criteri di selezione, riguardano:
- i requisiti di idoneità professionale;
- la capacità economica e finanziaria;
- le capacità tecniche e professionali.

Nei lavori, obbligo di SOA per importi a partire da €150K

Obbligo di autorizzazione *(c. 2 e 7)*

- **Oltre al subappalto** in senso stretto, sono soggetti ad **autorizzazione**:

Il cottimo

Affidamento **della sola lavorazione senza** (in tutto o in parte) **materiali e/o attrezzatura tecnica**

La **qualificazione** calcolata **sulla quota di lavori**, non sul contratto

I contratti similari

le **FORNITURE CON POSA IN OPERA** e i **NOLI A CALDO**

a se € **> 2% appalto** o € **> 100.000 euro** … **e** → **Requisito quantitativo**

+

b **costo manodopera** e personale € **> 50%** del **sub-contratto** → **Requisito qualitativo**

Autorizzazione della cooptata? *(c. 7)*

- **Non sono subappaltatori** e pertanto **nessuna autorizzazione** è richiesta (salvo verifica requisiti generali) ai seguenti soggetti:

Cooptata*

Non può, in alcun modo, subappaltare o affidare a terzi una quota dei lavori da eseguire

Consorziato indicato/mandante

Può subappaltare, ma secondo la giurisprudenza in nome e per conto del consorzio/mandataria che richiede l'autorizzazione.

**Ex art. 92.5 del DPR 207/10 L'OE – raggruppato, ma non concorrente – privo di idonea SOA può eseguire il 20% dell'appalto, se le classifiche possedute tale coprono l'importo.*

Premesse all'autorizzazione del subappalto

- Dopo la legge europea 2020, il subappalto può essere autorizzato se:

a) ~~Subaffidatario non concorrente*~~

b) Indicazione dei lavori da subappaltare in offerta

c) Idonea qualificazione subappaltatore

d) Assenza di motivi di esclusione*

** Il testo ante riforma stabiliva che fosse l'appaltatore a dover dimostrare l'assenza di motivi di esclusione e non il subappaltatore a dichiaralo. La legge europea ha poi accorpato le lettere «c» e «d»*

Subappalto e qualificazione

Nuova disciplina del subappalto

Come cambiano le responsabilità del subappaltatore?

Responsabilità solidale *(c. 8)*

P. 1

Il contraente principale è responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante *[fino a 31.10.21]*.

Il **contraente principale e il subappaltatore** sono responsabili in solido nei confronti SA **in relazione alle prestazioni oggetto del contratto di subappalto** *[dal 1.11.21]*

P. 2

Identico

Aggiudicatario e subappaltatore sono responsabili in solido per gli **obblighi retributivi e contributivi** (art. 29, d.lgs. n. 276/2003).

P. 3

Identico

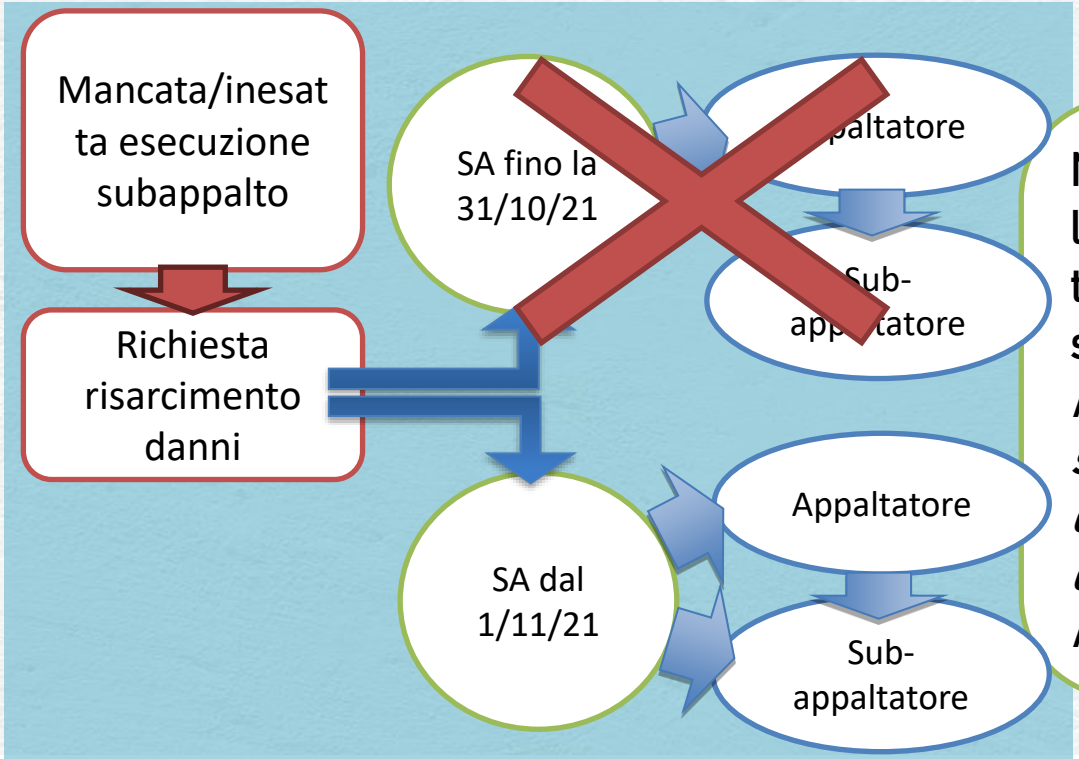
Nelle ipotesi di **pagamento diretto** (salvo che per inadempimento) l'appaltatore è liberato dalla responsabilità solidale di cui al P.1 (?)

Casi di pagamento diretto *(c. 13 e 14)*

- Il Codice stabilisce che la SA corrisponde **direttamente al subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizi ed al fornitore di beni o lavori**, l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite nei seguenti casi:

Nessuna responsabilità solidale

Schema inesatto adempimento (c. 8)



NB: Resta ferma, l'articolo 1670 c.c. ossia la norma che disciplina la responsabilità tra appaltatore e subappaltatore, stabilendo che: "*L'appaltatore, per agire in regresso nei confronti dei subappaltatori, deve, sotto pena di decadenza, comunicare ad essi la denunzia entro sessanta giorni dal ricevimento*".

Divieto di ribasso subappalto (c. 14)

Il Codice dei contratti aveva previsto il **divieto per l'affidatario dell'appalto di praticare**, per le prestazioni affidate in subappalto, **gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione,** con **ribasso non superiore al venti per cento**.

La Corte di Giustizia europea ha ritenuto contraria alle direttive una norma nazionale che limita il ribasso dei prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate

Con il decreto "**semplificazioni-bis**" è abrogato tale divieto e stabilito che:

Il subappaltatore è obbligato agli stessi standard qualitativi appaltatore, a un trattamento (economico e normativo) dei dipendenti al pari di quello dei dipendenti dell'appaltatore *(segue …)*

CCNL del personale *(c. 14)*

- Sul trattamento del personale del subappaltatore, l'INL (nota n. 1507/2021), interpretando il comma 14, ha chiarito che laddove **le attività subappaltate:**
  - siano **ricomprese nell'oggetto dell'appalto** ovvero siano "caratterizzanti" (escluse quelle marginali o meramente accessorie);
  - oppure, **facciano parte della categoria prevalente** e, in tal caso, siano incluse nell'oggetto sociale dell'appaltatore …

… al personale impiegato dal subappaltatore, **è applicato il CCNL (e territoriale) in vigore** per settore e zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro.

- Sui **differenziali retributivi e contributivi** non corrisposti si applica il regime di **responsabilità solidale con l'appaltatore** (nota INL cit.).

Atto indirizzo MIMS

- Il Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili con atto di indirizzo del 4 gen 2022 in materia di applicazione della disciplina del subappalto di gennaio 2022 ha stabilito che le SA:
  1. prima di autorizzare il ricorso al subappalto per l'esecuzione dei lavori, devono anche **verificare**:
     1. il rispetto della normativa in materia di parità di trattamento economico e normativo e
     2. l'applicazione dei relativi Contratti Collettivi.
  2. dovranno **trasmettere al Ministro una relazione sulle azioni intraprese per ottemperare all'Atto di Indirizzo,** alla fine del primo semestre del 2022.

Grazie per l'attenzione