

Le novità in materia di Appalti Pubblici



Avv. Niccolò Travia

25 luglio 2023

La struttura del nuovo Codice appalti

Visione di fondo

- ▶ Semplificazione, accelerazione, digitalizzazione, tutela dei lavoratori

Impianto normativo

- ▶ numero di articoli analogo a quello del vecchio Codice ma con significativa riduzione di commi e parole
- ▶ Allegati che sostituiscono ogni altra fonte attuativa esterna al Codice
- ▶ Relazione di accompagnamento intesa come manuale operativo per l'uso del Codice
- ▶ Codice immediatamente auto-esecutivo, senza rinvii a successivi provvedimenti attuativi

La qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza

- ▶ Gli artt. 62 e 63 sono “sostitutivi” degli articoli 37, 38 e 39 del decreto legislativo n. 50 del 2016
- ▶ Sebbene anche il vecchio Codice avesse un disegno di qualificazione e di riduzione del numero delle stazioni appaltanti, tale disegno non aveva trovato attuazione, non essendo mai stato adottato il D.P.C.M. previsto all’articolo 38, comma 2, D.lgs. n. 50/2016
- ▶ Finalità di aggregazione e qualificazione della domanda pubblica
- ▶ La nuova disciplina è contenuta agli art. 62-63 e nell’allegato II. 4 del D.lgs. n. 36/2023
- ▶ Il sistema complessivo di qualificazione così delineato ha natura “aperta” (e non “a numero chiuso”): tutti i soggetti che siano muniti dei requisiti necessari ottengono la qualificazione

QUANDO SUSSISTE L'OBBLIGO DI QUALIFICAZIONE PER LE STAZIONI APPALTANTI?

(art. 62, comma 1 e 2, Dlgs. n. 36/2023) l'obbligo di qualificazione è necessario per l'indizione delle seguenti procedure di gara:

- per appalti di **servizi e forniture** di importo pari o superiore alle soglie previste per gli affidamenti diretti, ossia di **140.000 euro**;
- per appalti di **lavori** di importo pari o superiore a **500.000 euro**

Le stazioni appaltanti non qualificate, per le procedure superiori alle soglie sopra indicate, ricorrono a centrali di committenza qualificate o, per le attività ausiliarie, a stazioni appaltanti qualificate

Per le procedure sopra indicate, l'ANAC non rilascia il codice identificativo di gara (CIG) alle stazioni appaltanti non qualificate

I REQUISITI NECESSARI PER OTTENERE LA QUALIFICAZIONE

- I requisiti di qualificazione sono declinati nell'Allegato II.4 al nuovo Codice
- Sulla base di quanto previsto agli artt. 4 e 6 dell' All. II.4 al Dlgs. 36/2023, occorrono:
 - ✓ iscrizione all'anagrafe unica delle stazioni appaltanti (Ausa)
 - ✓ struttura organizzativa stabile
 - ✓ disponibilità di piattaforme telematiche nella gestione delle procedure di gara (n.b. questo requisito è richiesto a decorrere dal 1 gennaio 2024 mentre gli altri requisiti devono essere posseduti a decorrere dal 1 luglio 2023)

LIVELLI DI QUALIFICAZIONE PER LA PROGETTAZIONE E L'AFFIDAMENTO DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE

Art. 63 D.lgs. n. 36/23 e Artt. 3 e 5, Allegato II. 4, Dlgs. n. 36/2023

- **livello base** - **lavori** fino ad 1.000.000 euro; **servizi e forniture** fino a 750.000 euro

- **livello intermedio** - **lavori** superiori a 1.000.000 euro e inferiori alla soglia di rilevanza comunitaria; **servizi e forniture** pari o superiori a 750.000 euro e fino a 5.000.000 di euro

- **livello avanzato** - **lavori** senza limiti di importo; **servizi e forniture** senza limiti di importo

LE STAZIONI
APPALTANTI PER
ESSERE QUALIFICATE
IN TALE LIVELLO
DEVONO OTTENERE
minimo

un punteggio
di
30 PUNTI

un punteggio
di
40 PUNTI

un punteggio
di
50 PUNTI

Alert:

Per i primi due anni, sono previsti degli 'sconti'

Fino al 30 giugno 2024, la qualificazione può essere ottenuta anche con

- un punteggio inferiore di 10 punti per il livello base (1° livello)
- un punteggio inferiore di 5 punti per gli altri due livelli (2° e 3° livello)

COME SI OTTIENE IL PUNTEGGIO NECESSARIO PER QUALIFICARSI

- ❑ Ferma restando la necessità di possedere i **REQUISITI OBBLIGATORI** vi sono **REQUISITI AGGIUNTIVI** indicati nella Tabella A e Tabella B dell'Allegato II.4 al Dlgs n. 36/2023 (es. presenza nella struttura organizzativa di dipendenti con competenze specifiche in materia di contratti pubblici e di sistemi digitali = 20 punti)

QUALIFICAZIONE PER LE CENTRALI DI COMMITTENZA

- ▶ Le centrali di committenza si qualificano almeno per il livello intermedio sia per i lavori che per i servizi e le forniture
- ▶ Le centrali di committenza per essere qualificate per i lavori, servizi e forniture devono essere in possesso: *(a)* requisiti obbligatori e *(b)* requisiti aggiuntivi, che sono ridotti del 20 per cento
- ▶ Le centrali di committenza devono possedere un punteggio complessivo pari ad almeno dieci punti per i requisiti relativi alla presenza nella struttura organizzativa di dipendenti aventi specifiche competenze in materia di contratti pubblici e di sistemi digitali e al sistema di formazione e aggiornamento del personale

ISCRIZIONE ALL'ELENCO DELLE STAZIONI APPALTANTI E DELLE CENTRALI DI COMMITTENZA QUALIFICATE

Art. 63, d.lgs. n. 36/23 e Art. 10, Allegato II.4

- ▶ Le stazioni appaltanti e le centrali di committenza presentano domanda di iscrizione agli elenchi delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza qualificate a partire dal 1° luglio 2023



- ▶ tramite l'apposita sezione dell'AUSA e la trasmissione delle informazioni e dei dati richiesti dall'ANAC per la verifica dei requisiti di qualificazione

La presentazione della domanda è condizione necessaria ai fini della qualificazione.

L'iscrizione negli elenchi delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza qualificate **ha durata di due anni.**

SOGGETTI ISCRITTI DI DIRITTO NELL'ELENCO ANAC DELLE STAZIONI APPALTANTI E DELLE CENTRALI DI COMMITTENZA QUALIFICATE

Consip
S.p.a.

Invitalia - Agenzia
nazionale per l'attrazione
degli investimenti e lo
sviluppo d'impresa S.p.a.

I soggetti
aggregatori ex
art. 9, Dl. n.
66/2014

Difesa servizi
S.p.a.

Ministero delle
infrastrutture e dei
trasporti, compresi i
provveditorati
interregionali per le opere
pubbliche

L'Agenzia del
demanio

Sport e salute
S.p.a.

ISCRIZIONE CON RISERVA NELL'ELENCO ANAC

Art. 63, comma 4, e art. 9 dell'Allegato II.4, del Dlgs. n. 36/2023

In sede di prima applicazione le stazioni appaltanti delle unioni di comuni, delle provincie e delle città metropolitane, dei comuni capoluogo di provincia e delle regioni sono iscritte con riserva nell'elenco ANAC delle stazioni qualificate

- livello avanzato di qualificazione
- durata della qualificazione non superiore al 30 giugno 2024
- presentazione della domanda di iscrizione con riserva a partire dal 1° luglio 2023
- prestazione della domanda per l'iscrizione a regime dal 1° gennaio 2024

Novità in materia di sotto soglia

- ▶ La Parte I del Libro II (artt. 48 – 55) del Codice contiene l'insieme delle norme relative ai contratti sotto soglia
- ▶ Significativa innovazione rispetto al vecchio Codice (dove le norme sul sotto soglia erano sparse)
- ▶ Obiettivo della semplificazione
- ▶ Estensione a regime di gran parte delle norme sul sotto soglia contenute nel d.l. 76/2020 e nel d.l. 77/2021

Novità in materia di sotto soglia

- ▶ Se per un contratto sotto soglia, la S.A. accerta l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, segue le procedure ordinarie
- ▶ Principio di rotazione: solo nei confronti dell'aggiudicatario uscente
- ▶ Ipotesi di deroga alla rotazione (previa adeguata motivazione della S.A.)
- ▶ Nelle procedure negoziate, le SS.AA. non applicano il principio di rotazione quando non ci sono limiti al numero di operatorie economici da invitare
- ▶ Il principio di rotazione può essere derogato per affidamenti diretti inferiori a 5.000 euro
- ▶ Messa a regime delle soglie previste per l'affidamento diretto e per le procedure negoziate previste nei decreti "semplificazioni" (d.l. n. 76/2020 e n. 77/2021)
- ▶ Per i lavori, possibilità di ricorso a procedure ordinarie previa adeguata motivazione

Ulteriori novità in materia di sotto soglia

- ▶ Per le offerte anomale, è previsto un sistema di esclusione automatica (devono essere state ammesse almeno 5 offerte e l'affidamento non deve presentare interesse transfrontaliero certo)
- ▶ le stazioni appaltanti indicano negli atti di gara il metodo per l'individuazione delle offerte anomale
- ▶ La stipulazione del contratto deve avvenire entro 30 gg dall'aggiudicazione

Le procedure di scelta del contraente

- ▶ Elencazione di procedure vincolate e procedure flessibili nell'art. 70 del Codice (procedura aperta; procedura ristretta; procedura competitiva con negoziazione; dialogo competitivo e partenariato per l'innovazione)
- ▶ Eccezionalità della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando
- ▶ Sostanziale equiparazione tra procedure vincolate e procedure flessibili
- ▶ Maggiore discrezionalità tecnica e amministrativa delle stazioni appaltanti

Principali novità nelle procedure vincolate nelle procedure flessibili

- ▶ Nella procedura aperta: riduzione del termine minimo per la presentazione delle offerte (da 35 a 30 gg)
- ▶ Nella procedura competitiva con negoziazione: riduzione dei termini per la ricezione dell'offerta
- ▶ Nel dialogo competitivo: prevista la possibilità di indire, dopo fase di prequalificazione, una conferenza con i candidati selezionati, per discutere alcuni profili dell'appalto in affidamento, consentendo agli operatori economici, entro un termine di trenta giorni dalla conclusione della riunione, di ritirare la domanda di partecipazione già presentata

Procedura Negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara

Art. 76 d.lgs 36/2023

- ▶ Il ricorso a tale procedura è giustificato solo in presenza dei **presupposti tassativamente indicati** dalla legge
- ▶ aggravamento dell'**onere motivazionale** da parte della S.A.
- ▶ reintrodotta la clausola della possibilità di indizione della **gara informale**, già prevista dal decreto legislativo n. 163 del 2006
- ▶ **ridotto da 5 a 3 il numero delle imprese da invitare** alla negoziazione, ripristinandosi anche in tale ipotesi il numero minimo di tre previsto dal decreto legislativo n. 163 del 2006

La selezione e la valutazione degli operatori economici

Vengono in rilievo tre principi:

- ▶ Principio della fiducia (cfr. soccorso istruttorio; *self cleaning*)
- ▶ Principio della tassatività delle cause di esclusione (le cause di esclusione di cui agli artt. 94 e 95 sono tassative mentre le cause di esclusione inserite nella *lex specialis* di gara che sono ulteriori rispetto a quelle previste dal Codice si considerano nulle non apposte)
- ▶ Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore (l'OE. Deve applicare il CCNL in vigore per il settore e la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro)

I requisiti di partecipazione e la selezione dei partecipanti: Novità in materia di Commissione Giudicatrice

- ▶ superato il sistema dell'Albo dei commissari istituito presso l'ANAC
- ▶ i commissari sono funzionari della Stazione Appaltante
- ▶ della Commissione giudicatrice possa far parte il RUP
- ▶ eliminata l'incompatibilità endoprocedimentale prevista dal vecchio Codice (per cui i commissari non dovevano aver svolto altra funzione o altro incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto oggetto di affidamento)
- ▶ mantenuta l'incompatibilità derivante dall'aver svolto in precedenza cariche politiche nella medesima stazione appaltante
- ▶ introdotta la disciplina del seggio di gara (composto dal personale della S.A.)

Le cause di esclusione

- ▶ Cause di esclusione automatica – Art. 94
- ▶ Cause di esclusione non automatica – Art. 95
- ▶ La disciplina contenuta nell'art. 80 del vecchio Codice viene scorporata in 5 nuovi articoli

Cause di esclusione automatica

- ▶ Condanna (con sentenza definitiva o con decreto di condanna divenuto irrevocabile) per una serie di reati
- ▶ Situazioni di decadenza, sospensione o divieto dovute all'applicazione di una misura di prevenzione di cui al Codice delle leggi antimafia (la causa di esclusione per interdittiva antimafia non si applica ove l'impresa sia stata ammessa a controllo giudiziario ex art. 34 bis del D.lgs. N. 159/2011 entro la data di aggiudicazione)
- ▶ Violazioni gravi e definitivamente accertate degli obblighi relativi al pagamento di imposte, tasse e contributi previdenziali

L'esclusione non si applica nei casi di depenalizzazione del reato, riabilitazione, estinzione della pena o del reato, revoca della condanna

Cause di esclusione non automatiche

- ▶ corrispondono alle ipotesi previste nell'art. 80, co. 5, vecchio Codice (gravi infrazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro; situazione di conflitto di interessi; indizi circa il fatto che le offerte di più operatori economici siano imputabili ad un unico centro decisionale, ecc.)
- ▶ non vi è una vera e propria discrezionalità della S.A. nel decidere se escludere o meno l'Operatore Economico
- ▶ pertanto, la S.A. valuta e apprezza la sussistenza del presupposto di esclusione e, una volta apprezzata la sussistenza di tale presupposto, l'esclusione è necessitata (discrezionalità tecnica)

Disciplina dell'esclusione

Art. 96, D.lgs. N. 36/2023

- ▶ obbligo di escludere in qualunque momento l'O.E. che si trovi in una delle situazioni di esclusione automatica o non automatica di cui agli artt. 94 e 95
- ▶ self cleaning: (a) se la causa di esclusione si è verificata prima della presentazione dell'offerta, l'O.E., contestualmente all'offerta, la comunica alla stazione appaltante e comprova di aver adottato le misure di *self cleaning* o l'impossibilità di adottarle prima della presentazione dell'offerta e successivamente ottempera; (b) se la causa di esclusione si è verificata successivamente alla presentazione dell'offerta, l'O.E. adotta e comunica le misure di *self cleaning*
- ▶ la procedura di aggiudicazione non può subire dilazioni per effetto dell'adozione delle misure di *self cleaning*
- ▶ onere di comunicazione a carico dell'O.E. delle cause di esclusione
- ▶ comunicazione ad ANAC da parte delle SS.AA. delle false dichiarazioni o falsa documentazione presentata dall'O.E.

Sostituzione ed Estromissione del partecipante al RTI

- ▶ L'art. 97 nuovo Codice raccoglie la disciplina prima prevista ai commi 17 e 18 dell'art. 48 vecchio Codice
- ▶ Anche alla luce dell'Adunanza Plenaria, la modificazione del RTI è intesa non solo come **modificazione** della compagine ma anche come **riduzione del numero dei componenti** la compagine
- ▶ Estensione dell'istituto della sostituzione previsto per gli RTI anche ai **consorzi ordinari**
- ▶ Per i **consorzi stabili**, l'istituto si applica alle **consorziate esecutrici** e alle **consorziate che prestano i requisiti**

Illecito professionale grave

Art. 98, D.lgs. N. 36/2023

- ▶ Enumerazione delle fattispecie rilevanti che possono condurre alla esclusione dell'O.E.
- ▶ Indicazione dei mezzi di prova di tali fattispecie e definizione dei criteri di valutazione da parte della S.A.
- ▶ È chiarita la portata dell'obbligo di motivazione da parte della S.A. nel caso in cui voglia disporre l'esclusione dell'O.E.
- ▶ Il comma 3 dell'art. 98 indica le fattispecie dalle quali desumere la sussistenza dell'illecito professionale
- ▶ Indicazione dei criteri per valutare la gravità, tra cui il criterio del «tempo trascorso dalla violazione»
- ▶ Tra i mezzi di prova «adeguati» ai fini della valutazione del grave illecito professionale, anche la sentenza di condanna non definitiva
- ▶ Qualora la S.A. decida per l'esclusione dell'O.E. sulla base di una sentenza di condanna non definitiva, l'onere motivazionale sarà particolarmente forte

Verifica del possesso dei requisiti

- ▶ Per verificare l'assenza di cause di esclusione automatica, la S.A. utilizza (a) il fascicolo virtuale dell'O.E.; (b) la documentazione allegata dall'O.E.; (c) il sistema di interoperabilità con la piattaforma digitale nazionale dati e con le banche dati delle altre PP.AA.
- ▶ Con le stesse modalità di cui sopra, la S.A. verifica l'assenza di cause di esclusione non automatiche e il possesso dei requisiti di partecipazione di ordine speciale
- ▶ Principio del *once only*: non possono essere richiesti all'O.E. dati e informazioni già nella disponibilità delle amministrazioni

Requisiti di ordine speciale

- ▶ I requisiti speciali restano quelli previsti dal vecchio Codice (idoneità professionale; capacità economica e finanziaria; capacità tecnica e professionale)
- ▶ Per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro le SS.AA: richiedono che gli OO.EE. siano qualificati e l'attestazione di qualificazione viene rilasciata da organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC
- ▶ È introdotta la disciplina della qualificazione anche per gli OO.EE. Che partecipano agli appalti di servizi e forniture

Presentazione dell'offerta

Soccorso Istruttorio

Art. 101, D.lgs. N. 36/2023

- ▶ È eliminata la distinzione tra irregolarità essenziali e irregolarità non essenziali
- ▶ La S.A. può chiedere chiarimenti anche sui contenuti dell'offerta tecnica ed economica (i chiarimenti non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica ed economica)
- ▶ Fino al giorno di apertura delle offerte, è consentito all'O.E. di chiedere la rettifica dell'errore materiale contenuto nella sua offerta tecnica o economica (a condizione che la rettifica non comporti presentazione di una nuova offerta o modifica sostanziale dell'offerta)

Avvalimento

- ▶ ammesso il c.d. **avvalimento premiale** (prestito delle risorse avviene non per consentire all'ausiliata di sopperire ai requisiti mancanti bensì per ottenere un punteggio più alto)
- ▶ criterio di **incompatibilità** nel caso in cui l'avvalimento è finalizzato solo a migliorare l'offerta dell'impresa ausiliata, non potranno partecipare alla medesima gara impresa ausiliaria e ausiliata
- ▶ contratto di avvalimento è **oneroso**
- ▶ la S.A. può disporre che talune attività siano svolte direttamente dall'operatore e non dall'ausiliario (es. opere che presentano un notevole contenuto tecnologico)

Selezione delle offerte

Artt. 106 – 112, D.lgs. N. 36/2023

- ▶ Gli appalti sono aggiudicati in base ai criteri dell'OEPV o del prezzo più basso; previa verifica di conformità dell'offerta alle previsioni contenute nella *lex specialis* di gara; ad un soggetto in possesso dei requisiti di ordine generale e speciale
- ▶ La S.A. può decidere di non aggiudicare l'appalto all'O.E. che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, qualora l'offerta presentata non soddisfa gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro
- ▶ Inversione procedimentale: possono essere esaminate prima le offerte piuttosto che verificata l'idoneità degli offerenti

Selezione delle offerte

- ▶ Criteri di aggiudicazione: **OEPV** e **prezzo più basso** (art. 108, D.lgs. n. 36/2023)
- ▶ Elencazione delle **ipotesi** in cui le SS.AA. sono **vincolate all'utilizzo del criterio dell'OEPV**
- ▶ Indicazione dei **casi in cui è possibile ricorrere al prezzo più basso**
- ▶ L'O.E., a **pena di esclusione**, nella propria offerta deve **indicare i propri costi di manodopera e gli oneri aziendali** concernenti adempimento delle disposizioni in materia di **salute e sicurezza sul lavoro**
- ▶ Negli appalti di lavori aggiudicati con il criterio dell'OEPV, le SS.AA. **non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive** rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base di gara
- ▶ **Eliminato il tetto economico del 30% nell'OEPV**: le SS.AA. possono decidere in quale percentuale incide l'aspetto tecnico e quello economico

Valutazione di anomalia dell'offerta

- ▶ Significativa **semplificazione** del procedimento di anomalia
- ▶ Nel sopra soglia, **discrezionalità** della stazione appaltante (sulla base dei risultati di gara, del mercato di riferimento, ecc.) nella individuazione delle offerte anomale e che devono essere verificate
- ▶ **Eliminazione** delle **soglie** fissate ex lege
- ▶ Necessità del **contraddittorio**: non è possibile escludere automaticamente l'O.E. la cui offerta appaia anormalmente bassa
- ▶ **Spiegazioni** fornite dal concorrente entro un termine di 15 giorni
- ▶ **No a giustificazioni** in relazione a **trattamenti salariali minimi** inderogabili stabiliti dalla legge nonché in relazione agli **oneri di sicurezza**
- ▶ Se le giustificazioni dell'operatore non sono adeguate, la S.A. esclude l'offerta
- ▶ La S.A. esclude l'offerta anormalmente bassa anche qualora non sono rispettati gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro, gli oneri aziendali di sicurezza sono incongrui, il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle tabelle

Accesso agli atti

- ▶ Operatività dell'accesso civico generalizzato
- ▶ Digitalizzazione nell'esecuzione del diritto di accesso
- ▶ Rimangono invariati i tempi per l'ostensione dei documenti di gara
- ▶ Rimangono valide le ipotesi di esclusione dall'accesso già previste dal vecchio Codice

Grazie dell'attenzione

studio@lorenzoni.org