



COMUNE DI PALERMO

AREA AMMINISTRATIVA DELLA RIQUALIFICAZIONE
URBANA E DELLE INFRASTRUTTURE
CAPO AREA AMMINISTRATIVA

Polo Tecnico – Via Ausonia, n. 69 – 90146 PALERMO

amministrativainfrastrutture@comune.palermo.it

Sito internet www.comune.palermo.it

C.A.P. 90146

C.F. 80016350821

Al Sig. Dirigente dell'Ufficio Contratti e Approvvigionamenti
Dott. S. Incrapera

E, p. c. Al Sig. Sindaco c/o Ufficio di Gabinetto

Prot. n. 712809 del 23.05.2017

Oggetto: D. Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, pubblicato il 5 maggio 2017 – modifiche al
"Codice degli Appalti" (D. Lgs. n. 50/2016) – direttiva.

Giusta la previsione dell'attuale ROUSS, nonché degli obiettivi operativi specifici assegnati allo scrivente per il 2017, si svolgono di seguito, a titolo di direttiva, talune considerazioni in ordine alle modifiche più significative introdotte al Codice degli Appalti ad opera del D. Lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (di seguito il "Correttivo").

Previamente osservando che le modifiche introdotte dal "Correttivo" trovano immediato ingresso nell'Ordinamento della Regione Siciliana giusta il recepimento dinamico del D. Lgs. n.50/2016, segue, dunque, l'analisi delle principali novità apportate dal D. Lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (di seguito il "Correttivo"), evidenziando le maggiori problematiche applicative e le possibili soluzioni operative.

1) Definizioni (art. 3): viene nuovamente introdotta la definizione di manutenzione ordinaria e straordinaria

Lavori e servizi di manutenzione rappresentano tipologie di affidamenti comuni per qualsiasi Ente: tuttavia, individuare la giusta modalità di affidamento rappresenta tradizionalmente un rilevante profilo di difficoltà.

Molte sono le incognite, a partire dalla definizione delle manutenzioni come "lavori" o come "servizi".

La giurisprudenza consolidata e la prassi Anac ha ricondotto all'ambito dei "servizi" quelle manutenzioni in cui vi sia prevalenza di attività "amministrativa", quali verifiche periodiche, reportistica, ed altro, rispetto agli interventi operativi: anche laddove vi siano piccoli "lavori", però, resta ferma la riconduzione all'ambito



COMUNE DI PALERMO

AREA AMMINISTRATIVA DELLA RIQUALIFICAZIONE
URBANA E DELLE INFRASTRUTTURE
CAPO AREA AMMINISTRATIVA

Polo Tecnico – Via Ausonia, n. 69 – 90146 PALERMO

amministrativainfrastrutture@comune.palermo.it

Sito internet www.comune.palermo.it

C.A.P. 90146

C.F. 80016350821

dei “servizi” tutte le volte in cui i lavori previsti non comportino alcun quid novi, cioè alcuna innovazione rilevante dello status quo del bene oggetto di manutenzione.

A questa difficoltà interpretativa ha poi contribuito l’abrogazione del Dpr. n. 207/10 ad opera del Dlgs. n. 50/16, e con esso qualsiasi definizione della “manutenzione” (ordinaria o straordinaria).

Il “Correttivo” ha reintrodotto tali definizioni: la manutenzione ordinaria è ora definita alla lett. oo-quater) come segue: *“fermo restando quanto previsto dal Decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e dal Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, le opere di riparazione, rinnovamento e sostituzione necessarie per eliminare il degrado dei manufatti e delle relative pertinenze, al fine di conservarne lo stato e la fruibilità di tutte le componenti, degli impianti e delle opere connesse, mantenendole in condizioni di valido funzionamento e di sicurezza, senza che da ciò derivi una modificazione della consistenza, salvaguardando il valore del bene e la sua funzionalità”*.

Si tratta di definizioni che riguardano “opere” e “lavori” di manutenzione, ma ciò non esclude che, come detto sopra, qualora la componente “lavori” della manutenzione sia marginale, non possa procedersi ad affidare “servizi” di manutenzione.

La manutenzione ordinaria, quindi, esclude interventi che *“modifichino la consistenza”* del bene mantenuto.

La lett. oo-quinquies) definisce, invece, la manutenzione straordinaria: *“fermo restando quanto previsto dal Decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e dal Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, le opere e le modifiche necessarie per rinnovare e sostituire parti anche strutturali dei manufatti e delle relative pertinenze, per adeguarne le componenti, gli impianti e le opere connesse all’uso e alle prescrizioni vigenti e con la finalità di rimediare al rilevante degrado dovuto alla perdita di caratteristiche strutturali, tecnologiche e impiantistiche, anche al fine di migliorare le prestazioni, le caratteristiche strutturali, energetiche e di efficienza tipologica, nonché per incrementare il valore del bene e la sua funzionalità”*: si tratta quindi di interventi maggiormente innovativi, volti a un miglioramento del bene mantenuto, o alla sua sostituzione.

La re-introduzione di tali definizioni faciliterà - v’è da ritenersi - le stazioni appaltanti nell’individuare i casi di manutenzione, per lavori o servizi, anche ai fini della distinzione, nell’importo posto a base di gara, fra manutenzione ordinaria e straordinaria.

2) Progettazione (art. 24): vincolanti i parametri professionali dei progettisti



COMUNE DI PALERMO

AREA AMMINISTRATIVA DELLA RIQUALIFICAZIONE
URBANA E DELLE INFRASTRUTTURE
CAPO AREA AMMINISTRATIVA

Polo Tecnico – Via Ausonia, n. 69 – 90146 PALERMO

amministrativainfrastrutture@comune.palermo.it

Sito internet www.comune.palermo.it

C.A.P. 90146

C.F. 80016350821

Rilevanti novità per i progettisti esterni: il nuovo comma 8 dell'art. 24 ha previsto che i parametri professionali (di cui al Dm. 18 giugno 2016) diventino vincolanti per le stazioni appaltanti nella definizione dell'importo dell'incarico da porre in gara (o da affidare in via diretta, nei casi consentiti).

La norma costituisce una misura importante per garantire la qualità della progettazione esterna, ancor più alla luce dell'impianto generale del "Codice" che favorisce il ricorso a tale strumento.

Nella medesima norma è stato inserito un nuovo comma 8-bis, che ha tradotto in norma un tradizionale orientamento della giurisprudenza, prevedendo che la corresponsione dei compensi al professionista non possa essere subordinata all'effettivo finanziamento dell'opera progettata, e dev'essere pertanto garantita in ogni caso.

3) Trasparenza (art. 29): gli obblighi di pubblicazione diventano più penetranti

All'elenco di "tutti gli atti" che devono essere oggetto di pubblicazione, relativi alla gara pubblica, alle programmazioni degli acquisti, e in generale alle procedure di affidamento, si aggiungono la pubblicazione della composizione della Commissione giudicatrice (nel caso di gara all'offerta economicamente più vantaggiosa) e i *curricula* dei componenti.

Ai fini del decorso del termine per il ricorso al Tar avverso gli atti di ammissione o esclusione dei concorrenti a seguito della "verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80", nonché dei requisiti speciali, non è più sufficiente la pubblicazione, entro 2 giorni dalla data di adozione degli atti, sul sito istituzionale; occorre altresì una espressa comunicazione ai concorrenti di tali ammissioni/esclusioni, e soprattutto la concreta disponibilità di tali atti (e quindi della effettiva conoscenza delle motivazioni delle ammissioni/esclusioni che si intende contestare).

Ulteriore rilevante novità è costituita dall'obbligo di indicare sugli atti la data di pubblicazione sul profilo istituzionale dell'Amministrazione (all'evidente fine di offrire certezza ai concorrenti in ordine alla possibilità effettiva di prendere visione di tali atti).

La novità più importante è tuttavia la seguente previsione: "i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla pubblicazione sul profilo del committente".



COMUNE DI PALERMO

AREA AMMINISTRATIVA DELLA RIQUALIFICAZIONE
URBANA E DELLE INFRASTRUTTURE
CAPO AREA AMMINISTRATIVA

Polo Tecnico – Via Ausonia, n. 69 – 90146 PALERMO

amministrativainfrastrutture@comune.palermo.it

Sito internet www.comune.palermo.it

C.A.P. 90146

C.F. 80016350821

In disparte quindi i bandi di gara, i cui effetti decorrono dalle pubblicazioni espressamente previste (Gazzetta ufficiale Italiana e, in seguito, Piattaforma digitale Anac dei bandi di cui all'art. 73, ancora non disponibile), per tutti gli altri atti relativi alle gare (quali, a titolo esemplificativo, la composizione della Commissione, l'aggiudicazione definitiva, eventuali verbali di gara che dispongano l'esclusione ad esempio in seguito all'esame dell'offerta tecnica) la decorrenza dei termini per il ricorso giurisdizionale (e comunque di ogni altro termine previsto dalla legge) dovrà essere computata a partire dalla pubblicazione sul sito internet istituzionale dell'Ente (e, in particolare, nella sezione "Amministrazione trasparente").

4) Semplificazione per gli affidamenti diretti (art. 32): sarà possibile un atto unico per l'affidamento

Il rinnovato comma 1 dell'art. 32 ha introdotto una interessante novità per gli affidamenti inferiori ad Euro 40.000,00.

In tali casi, infatti, l'affidamento diretto può essere disposto con atto unico che ricomprenda, sia la Determina a contrarre che gli elementi di un ordinario atto di affidamento (oggetto, importo, fornitore, ragioni della scelta del fornitore, possesso requisiti). Prassi già diffusa per gli Enti, l'atto "unico" per l'affidamento diretto trova quindi adesso anche un espresso riconoscimento legislativo: non sarà più necessario far precedere anche l'affidamento diretto da una apposita Determina a contrarre, invece obbligatoria in tutti gli altri casi.

5) Affidamenti sottosoglia (art. 36)

Molto si è discusso sul nuovo testo dell'art. 36, in particolare nella parte in cui, per gli affidamenti al di sotto di Euro 40.000,00, ribadisce la possibilità di affidamento diretto anche senza confronto di 2 o più preventivi.

Al di là della bizzarra formulazione normativa (che smentisce non un precedente obbligo normativo, ma una parte delle "Linee-guida" Anac n. 4), tale innovazione – si ritiene – non comporta altro che marginali differenze rispetto alla disciplina precedente.

Tale precisazione non elide l'obbligo di motivare l'affidamento, anche diretto, ai sensi dei principi di cui all'art. 30: ebbene, tra questi principi vi è quello, fondamentale, di economicità, che obbliga l'Ente a motivare espressamente sulla congruità del prezzo di affidamento.



COMUNE DI PALERMO

AREA AMMINISTRATIVA DELLA RIQUALIFICAZIONE
URBANA E DELLE INFRASTRUTTURE
CAPO AREA AMMINISTRATIVA

Polo Tecnico – Via Ausonia, n. 69 – 90146 PALERMO

amministrativainfrastrutture@comune.palermo.it
Sito internet www.comune.palermo.it

C.A.P. 90146

C.F. 80016350821

Si pone così il medesimo “problema” che Anac aveva risolto indicando (non imponendo) il confronto fra preventivi. Quindi, laddove sia possibile desumere le condizioni economiche da una indagine di mercato anche informale (consultazione listini ufficiali, consultazione cataloghi Mepa, esame di analoghi servizi mediante accesso a banche-dati, siti internet, ecc.), la motivazione sarà consentita: il confronto fra più preventivi rimane però, senza dubbio, la forma più “sicura” di individuazione delle migliori condizioni economiche.

Una stretta agli affidamenti diretti, invece, arriva dalla nuova definizione del principio di rotazione, adesso riferita non solo agli inviti ma anche agli affidamenti.

A tal fine, si preannunciano ulteriori “Linee-guida” Anac (integrative delle precedenti) con le quali sarà meglio definita tale nuova idea di rotazione: quel che sembra certo sin d’ora però è che le stazioni appaltanti non potranno che porsi il problema della reiterazione degli affidamenti, anche diretti, al medesimo operatore, che quanto meno dovranno essere congruamente motivati.

Quanto alla procedura negoziata, viene modificato per i lavori il numero di operatori da invitare:

- per importi fra Euro 40.000 ed Euro 150.000, occorrerà invitare almeno 10 operatori;
- per importi fra Euro 150.000 ed Euro 1.000.000, occorrerà invitare almeno 15 operatori.

6) Requisiti di qualificazione dei consorzi stabili (art. 47): cumulabili i requisiti delle consorziate

Il nuovo comma 2 dell’art. 47 prevede la cumulabilità dei requisiti per la qualificazione (presumibilmente, i requisiti speciali) maturati in proprio con quelli maturati dalle consorziate designate per l’esecuzione.

I requisiti posseduti dalle consorziate non designate possono invece essere presi in considerazione solo se costituiscono oggetto di apposito contratto di avvalimento.

Si chiarisce, quindi, un dubbio relativo alla cumulabilità dei requisiti, ma solo per i consorzi stabili: non viene fatta menzione, infatti, di altre tipologie di consorzio.

Future “Linee-guida” Anac chiariranno i criteri di imputazione delle prestazioni eseguite al Consorzio o ai consorziati esecutori.

7) Appalto integrato (art. 59)



COMUNE DI PALERMO

AREA AMMINISTRATIVA DELLA RIQUALIFICAZIONE
URBANA E DELLE INFRASTRUTTURE
CAPO AREA AMMINISTRATIVA

Polo Tecnico – Via Ausonia, n. 69 – 90146 PALERMO

amministrativainfrastrutture@comune.palermo.it

Sito internet www.comune.palermo.it

C.A.P. 90146

C.F. 80016350821

Viene superata una delle più impattanti novità del D.Lgs. n. 50/16, ovvero il divieto di affidamento congiunto della progettazione e della esecuzione di un'opera pubblica. Tale istituto è invece oggi ammesso dall'art. 59, comma 1-bis, *"nei casi in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori"*, casi da motivare congruamente nella determina a contrarre.

La definizione della casistica di ammissibilità è, come si vede, molto ampia: la conseguentemente grande discrezionalità dell'Ente nella scelta se ricorrere o meno a tale istituto deve quindi trovare un contrappeso in una motivazione particolarmente puntuale.

L'art. 216, comma 4 bis, prevede inoltre che il divieto di cui all'art. 59, che comunque rimane, *"non si applica per le opere i cui progetti definitivi risultino approvati dall'Organo competente alla data di entrata in vigore del presente codice con pubblicazione del bando entro 12 mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione"*: si tratta quindi di una sanatoria per gli appalti integrati già avviati, a condizione che il bando sia pubblicato entro il 20 maggio 2018.

8) La Commissione giudicatrice (artt. 77 e 78): i nuovi obblighi di esternalizzazione dei Commissari

Come già anticipato dalle "Linee-guida" Anac, per i lavori al di sotto di 1 milione di Euro e per i servizi/forniture sottosoglia, nonché per gli affidamenti privi di particolare complessità (come ad esempio quelli effettuati mediante procedure telematiche) è data facoltà all'Ente di nominare alcuni componenti interni nella Commissione giudicatrice, fatta eccezione per il Presidente. Quest'ultimo dovrà quindi essere esterno, e sorteggiato fra quelli iscritti nell'Albo nazionale indicati da Anac.

Si tratta di una disposizione che non entrerà a regime se non al momento della costituzione del predetto Albo, ad oggi ancora in alto mare.

Viene superata, invece, con norma già operativa, l'incompatibilità "assoluta" del Rup quale membro della Commissione: tale incompatibilità dovrà essere valutata di volta in volta in relazione alla singola procedura dall'Ente, e il Rup potrà quindi, in caso di "compatibilità", assumere, non solo il ruolo di Presidente, ma anche di "membro".



COMUNE DI PALERMO

AREA AMMINISTRATIVA DELLA RIQUALIFICAZIONE
URBANA E DELLE INFRASTRUTTURE
CAPO AREA AMMINISTRATIVA

Polo Tecnico – Via Ausonia, n. 69 – 90146 PALERMO

amministrativainfrastrutture@comune.palermo.it

Sito internet www.comune.palermo.it

C.A.P. 90146

C.F. 80016350821

I Commissari devono rendere apposite dichiarazioni di assenza di cause di incompatibilità, nonché di situazioni di conflitto di interesse: l'Ente dovrà valutare, a campione, la veridicità di tali dichiarazioni.

9) I requisiti generali e speciali (artt. 80 e seguenti): in particolare, il nuovo "soccorso istruttorio gratuito"

In materia di requisiti generali, al di là di talune modifiche all'art. 80 volte a correggere precedenti errori (quello sul Durc, che errava il riferimento normativo al Dm. di riferimento), e a riferire l'elencazione dei soggetti rilevanti di cui all'art. 80, comma 3, anche alle cause di esclusione relative alle misure di prevenzione antimafia, la grande novità è il nuovo "soccorso istruttorio", da adesso non più a pagamento bensì gratuito.

Viene meno così l'obbligo di indicare nel bando la misura della sanzione da applicare.

Si conferma l'inammissibilità del "soccorso istruttorio" per sanare carenze dell'offerta tecnica ed economica.

10) Offerta economicamente più vantaggiosa e costi della manodopera (art. 95): i nuovi casi di deroga in favore del massimo ribasso e l'indicazione obbligatoria della manodopera

Una delle novità più importanti del "Correttivo" resta sicuramente quella relativa ai commi 3 e 4 dell'art. 95, che individua i casi di obbligo inderogabile di offerta economicamente più vantaggiosa nonché i possibili casi di deroga in cui può essere utilizzato il massimo ribasso.

Occorre premettere che il Consiglio di Stato, con Sentenza n. 2014 del 2 maggio 2017, ha ribadito che i casi di cui al comma 3 sono obbligatori e inderogabili, e che il comma 4 non può quindi derogarvi.

Quanto al comma 3, confermati i casi di obbligo già previamente individuati (servizi tecnici o intellettuali al di sopra di Euro 40.000,00 e servizi ad alta intensità di manodopera), si precisa che per i servizi ad alta intensità di manodopera l'obbligo di offerta economicamente più vantaggiosa non si configura per gli affidamenti diretti di cui all'art. 36 (al di sotto quindi di Euro 40.000).

Quanto al comma 4, è stata stravolta la possibilità di utilizzare il massimo ribasso per i lavori.



COMUNE DI PALERMO

AREA AMMINISTRATIVA DELLA RIQUALIFICAZIONE
URBANA E DELLE INFRASTRUTTURE
CAPO AREA AMMINISTRATIVA

Polo Tecnico – Via Ausonia, n. 69 – 90146 PALERMO

amministrativainfrastrutture@comune.palermo.it

Sito internet www.comune.palermo.it

C.A.P. 90146

C.F. 80016350821

La soglia di ammissibilità del massimo ribasso è stata infatti elevata da Euro 1.000.000 ad Euro 2.000.000; tuttavia, il criterio “semplificato” è ammesso a condizione che la gara sia svolta con procedura ordinaria, e non con semplice procedura negoziata.

In altre parole, per i lavori è sempre prescritta l’offerta economicamente più vantaggiosa, e per importi sino a Euro 1.000.000 è possibile svolgere una procedura negoziata: per importi sino a Euro 2.000.000, tuttavia, il massimo ribasso è ammissibile solo se non si ricorre alla procedura negoziata, bensì a quella ordinaria.

È una semplificazione solo apparente, posto che alla semplificazione delle operazioni di gara (apertura solo di 2 buste, assenza di Commissione tecnica, ecc.) deve premettersi una “complicazione” legata alla pubblicazione del bando nelle modalità di legge, e alle altre formalità proprie delle procedure ordinarie.

Ulteriore novità rilevante è quella che consente sempre, per i servizi e forniture al di sotto di Euro 40.000, l’utilizzo del massimo ribasso.

Si registra infine il ritorno dell’indicazione dei costi della manodopera, stavolta però da parte del concorrente nella propria offerta economica: in altre parole, si estende agli oneri di manodopera l’obbligo già sancito di indicazione degli oneri aziendali di sicurezza, a pena di esclusione.

Tale previsione dovrebbe agevolare gli Enti nella verifica, doverosa, sul rispetto degli obblighi retributivi minimi in favore dei lavoratori impiegati nell’appalto.

Tanto sia acquisito a titolo di direttiva.

IL CAPO AREA
F.to Dott. Bohuslav Basile